Beyträge

zur

Berichtigung und Erweiterung

der

positiven Rechtswissenschaften

von

D. Gottlieb Hufeland,

Herzogl. Sachs. Weimar. Justizrath, ord. Prof. des Cod. und der Novellen.

Viertes Stück.

Jena

bey Wolfgang Stahl 1802.

Inhalt des vierten Stücks.

X. Revision der bekannten Streitfrage über die Beweislast bey der negatorischen Klage.

Einleitung. : : S. 3.

I. Bruchstücke aus der Geschichte dieser Lehre.

1. Aus der Geschichte ihrer wissenschaftlichen Beurtheilung. : : S. 8.

2. Fragmentarische Vergleichungen der Praxis über diese Lehre. : : S. 25.

II. Wissenschaftliche Erörterung.

1. Bisheriger Beweis des allgemeinen Satzes S. 35.

2. Bisher gebrauchte Nebengründe für den allgemeinen Satz. : : S. 38.

3. Erster Zusatz. Der Kläger beweist auch dann nicht, wenn er sich in der negatorischen Klagschrift bejahender Worte bedient hat. S. 41.

4. Zweyter Zusatz. Der Beweis liegt bey der negatorischen Klage auch dann dem Beklagten ob, wenn er im Besitz ist. S. 42.

5. Neue

5. Neue Gründe für den Beweis des allgemeinen Satzes sowohl als auch besonders in der Beziehung auf den Besitz des Beklagten. S. 51.

6. Prüfung der abweichenden Meynung S. 58.

7. Dritter Zusatz. Der Beklagte beweist auch alsdann, wenn der Kläger in der Klage selbst anführt, daß der Beklagte besitze oder die Servitut ausübe, aber unrechtmäßig. S. 76.

8. Prüfung der entgegengesetzten Meynung. S. 77.

9. Vierter Zusatz. Der Beklagte beweist auch, wenn der Kläger in der Klage sagt: der Beklagte übe die Servitut aus, aber vi, clam oder precario. S. 80.

10. Prüfung der abweichenden Meynung. a) überhaupt S. 82.

11. b) besonders daß der Kläger beweisen solle, wenn er sage: der Beklagte besitze precario. S. 83.

12. Sechster Zusatz. Die Beweislast wird nicht verändert, wenn auch der Kläger sich auf den Besitz der natürlichen Freyheit stützt. S. 86.

13. Abweichungen von der Regel. S. 90.

XI. Fernere Zusätze zu Hrn. Pr. Hugo's Index fontium corporis juris civilis.

Zehnte Abhandlung.

Revision

der

bekannten Streitfrage

über die

Beweislast

bey

der negatorischen Klage.

Einleitung.

Die in der Ueberschrift genannte Streitfrage ist bekanntlich eine der berühmtesten; und wenn gleich alles dabey von einem einzigen Hauptsatz abhängt, so sind doch eine Menge anderer Nebenfragen theils daraus zu entscheiden, theils dabey in Betracht zu ziehen.

Ein neuerlich mir vorgekommener Rechtsfall veranlaßte mich, über diese Controvers von neuem nachzudenken und nachzuschlagen. Bey einer Lehre, deren Anwendung durch so häufige Veranlassungen herbeygeführt wird, welche daher in einem so hohen Grade praktisch, und doch zu gleicher Zeit blos aus römischen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist, folglich seit der Zeit der Wiedererweckung des römischen Ge-

setzbuchs ein Gegenstand des Nachdenkens der Rechtsgelehrten werden und fast ununterbrochen bleiben mußte, kann es nicht befremden, daß man sie nicht bloß in allgemeinern (systematischen und unsystematischen) Abhandluugen des Rechts, besonders des Privatrechts, sondern auch bey einer Menge anderer Untersuchungen gelegentlich, und fast in allen Sammlungen von Rechtssprüchen ohne Ausnahme, berührt findet. Ich fing an zu vergleichen, wurde von einem Schriftsteller auf den andern, der löblichen Citir-Gewohnheit unsrer Zunft gemäß, verwiesen, und allmählich interessirte mich die Untersuchung immer mehr, wegen der besondern lehrreichen Entdeckungen, die ich machte. Daß ich nicht wenig verglichen habe, wird die folgende Ausführung zeigen; aber sie zeigt noch lange nicht alles. Ich habe mehrere Citaten nachgesehen, die ich gänzlich unrichtig fand, und welche doch fleißig von einem dem andern nachgeschrieben worden; eine Eigenschaft unsrer, der Citationen wegen in den Geruch der Gelehrsamkeit gekommenen, Zunftgenossen, der viel häufiger ist, als man zu wissen scheint. Ich bin diese ganz unrichtigen und auch mehrere ganz unbedeutende Allegati-

gationen ganz übergangen. — Aber das dann noch übrig bleibende schien mir so merkwürdige und lehrreiche Resultate über die Behandlung der Quellen unsrer Wissenschaft, über die verschiedenen einseitigen Ansichten derselben, über den unendlichen Schaden der Verwirrung des Ganzen und der Vereinzelung der Lehren, über das häufige Mißverstehen der Gesetze und anderer Schriftsteller, über das Citiren und Ausschreiben unter den Rechtsgelehrten, über die angebliche allgemeine Praxis ꝛc. zu geben, daß es mir verdienstlich schien, sie meinen Zeitgenossen vorzulegen. Alle und jede Nachweisungen zu verfolgen war mir nicht möglich, und schien mir nicht von Nutzen. Ich habe indessen das, was ich wirklich nachgelesen, und erwogen, mit einem * bezeichnet, um so andern das weitere Forschen noch mehr zu erleichtern.

Es kommt bekanntlich vorzüglich auf die Frage an: wer führt bey der Negatorienklage den Beweis in der Hauptsache, nemlich ob dem Beklagten die durch den Kläger abgeleugnete Befugniß zustehe, oder nicht? Denn die Präjudicialfrage: ob der Kläger Eigenthum an der Sache, die er als frey angiebt, habe,

muß sich durch seine Bescheinigung erledigen. Darüber ist wohl, soviel die Beweislast betrift, kein Zweifel. Um aber eben das Hauptthema vollständig zu übersehen, wird es nicht unzweckmäßig seyn, wenn ich auf die Fälle, bey denen genauere Beziehungen dieser Frage entstehen, aufmerksam mache. Die ganze Untersuchung hat also folgende Rücksichten:

Wer führt den Beweis in der Hauptsache bey der negatorischen Klage

1) überhaupt?
2) wenn der Kläger in der negatorischen Klage sich bejahender Worte bedient hat?
3) wenn der Beklagte im Besitz ist?
4) wenn der Kläger in der Klage selbst anführt: der Beklagte übe die Servitut aus, und nur hinzusetzt: er übe sie widerrechtlicherweise aus?
5) wenn er sagt: der Beklage übe die Servitut mit Gewalt oder heimlich aus? oder
6) er übe sie aus Vergünstigung aus?
7) wenn sich der Kläger auf den Besitz der natürlichen Freyheit stützt?
8) wenn er zugleich noch neben dem eigentlichen Klagegrunde etwas bejaht?

Ich

Ich hoffe, diese gleich zu Anfange vorgenommene Zusammenstellung der Punkte, auf welche die Untersuchung gerichtet werden muß, wird die Einsicht in die ganze Abhandlung um so mehr erleichtern, besonders da es mir bey dieser Untersuchung sehr belehrend scheint, den historischen Theil vom wissenschaftlichen abzusondern.

I.

Bruchstücke
aus der Geschichte dieser Lehre.

1.

Aus der Geschichte
ihrer wissenschaftlichen Bearbeitung.

Es ist im ganzen römischen Gesetzbuch kein Gesetz vorhanden, das diese Frage: wem bey der negatorischen Klage der Beweis obliege? ganz deutlich entscheide, sie mag nun im allgemeinen, oder vollends in Beziehung auf die einzelnen Verhältnisse, deren oben gedacht worden, genommen werden. Dies ist der Entstehungsgrund der bekannten großen Controvers mit allen

allen ihren Zweigen *). Alle Meynungen darüber konnten nur entweder durch Ableitung aus allgemeinen Grundsätzen oder durch Vergleichung und Zusammenstellung mit ähnlichen wirklich entschiedenen Fällen (Analogie) entstehen, begründet und vertheidigt werden; und auch jede weitre Prüfung oder endliche Entscheidung kann keine andern Entscheidungsquellen haben, als jene; nur hat sie sich aufs strengste vor der Anwendung solcher allgemeinen Grundsätze, welche hier als Gattung für diese Art von Lehre nicht gelten können, und vor falschen Aehnlichkeiten zu hüten.

Die erste deutlich sprechende Stelle über diese Lehre will man in der Accursischen Glosse finden; und darinn hat man Recht. Allein man beruft sich auf die Anmerkung derselben bey L. 8. §. 3. D. si servitus vindicetur, zum Wort: Possessoris Die Worte sind ziemlich deutlich; sie entscheiden schon die Frage nicht bloß im allgemeinen, sondern selbst auch für

 den

*) Von besondern Abhandlungen darüber s. Lipenii bibliotheca juridica und die Supplemente dazu unter dem Wort: actiones negatoriae.

den Fall, wenn der Beklagte besitzt; und heißen in der Hauptstelle so: (Possessor) sustinet partes actoris, ut debeat probare sibi constitutam servitutem. Cum enim constat hanc domum aliquando fuisse liberam, et nunc praesumitur nisi contra probetur. Indessen wird jeder Unbefangne leicht sehen, daß diese Stelle nicht ganz die spätre Ansicht gebe, und daher ihrem Inhalt nach nicht einmal eigentlich als die erste Stelle in der Reihe der Geschichte dieser Lehre aufgeführt werden sollte. Sie setzt ja deutlich und bestimmt voraus: ut constet hanc domum aliquando fuisse liberam; also nicht die Präsumtion, sondern ein bestimmtes Factum, gegen welches freylich keine Veränderung vermuthet wird. Diesem Ort allein zufolge wäre denn in der Glosse nicht der eigentliche Ursprung der ganzen Lehre zu suchen; aber dennoch findet sich solcher an einer viel deutlichern, die Hauptsache gänzlich entscheidenden, Stelle. Was werden aber meine Leser sagen, daß gerade diese eigentliche Hauptstelle auch von keinem einzigen, ohne alle Ausnahme von keinem einzigen, theoretischen oder praktischen Rechtsgelehrten

oder

oder Ausleger angeführt ist? doch davon, wie noch von einigen andern Merkwürdigkeiten, erst in der Folge. Denn da diese Hauptstelle von keinem spätern Juristen benutzt worden, und also auf nachherige Aeußerungen nicht gewirkt hat; so gehört sie auch zunächst nicht zur Geschichte dieser Lehre.

Indessen findet sich die Lehre selbst auch in den bald folgenden Schriftstellern, z. B. in Bartolus *), Angelus, Imola **), und auch ganz rein in Jason de Mayno ***). Seine Worte sind: Quasi possessio non transfert onus probandi in adversarium, qui habet praesumtionem juris pro se de libertate rei ****). Diese Meynung behielt auch

*) * ad L. si prius 14. D. de op. novi nunc. n. 17.

**) * Alle ad L. si prius D. de novi operis nunc.

***) * ad L. si prius D. cit. n. 38.

****) * Manchmal drücken sich die ältern Rechtsgelehrten über diese und ähnliche Materien etwas lächerlich aus, z. B. Jason ad L. si prius D. de O. N. N. n. 28. Agens negatoria, qui propter contumaciam effectus est de reo actor, tenetur probare duo: s. praedium esse suum, item esse liberum; sed quod sit liberum, probat eo ipso, quod non probatur contrarium etc. In diesem Sinn kann

auch lange Zeit die Oberhand, wie die folgende Uebersicht zeigen wird.

Daß zuförderst der Beklagte in der Regel den Beweis der Servitut bey der negatorischen Klage führe, dies wird für die allgemein angenommene Meynung der Rechtsgelehrten angegeben. Benedict Carpzov und Richter sagen: dieser Satz gelte ex unanimi interpretum consensu *): von Cannegiesser nennt ihn communem doctorum opinionem **). Auch Thomasius sagt; daß dieser Satz von keinem Rechtsgelehrten, so sehr sie auch in einzelnen Anwendungen desselben abwichen, geläugnet würde ***). Es

kann man auch bey der ganzen hier zu erwägenden Frage sagen, daß der Kläger beweise, — und bewiesen habe, wenn nemlich der Beklagte nicht das Gegentheil beweist.

*) * *Carpzov* responſ. L. 1. reſp. 67. n. 18. * *Richter* deciſ. P. I. dec. 98. n. 63. Eben so auch * *Ioann. Schneidewin* ad §. 2. Inſt. de action. num. 35. ſqq.

**) * Deciſ. Caſſellan. Tom. I. dec. 77. num. 8.

***) * *Thomaſii* diſſ. de onere probandi in actione negatoria (Hal. 1716. in ej. Diſſ. acad. Tom. IV. pag. 151.) §. 19. (vergl. Cocceji de directa probat. negativae. c. 4. n. 16.). Selbst Ciſnerus, sagt Thomaſius, der das Gegentheil behaupte, habe sich durch einen Fall, der offenbar die confeſſoriam angehe,

Es sind auch, selbst diejenigen noch abgerechnet, welche ohnehin bey ihren Behauptungen in einzelnen Fällen diesen Satz voraussetzen müssen, und deren in der Folge Erwähnung geschehen soll, eine sehr große Reihe neuerer Rechtsgelehrten anzuführen, die diese allgemeine Regel geradezu als unbezweifelt behaupten *). Z. B.

Baldus in L. filium. D. de his qui sui l. alieni juris. lect. 1. num. 7.

Petr. Aurelianens. practica rubr. 17 num. 5.

Speculator tit. de publician. et servitut. num. 20.

Angelus ad §. 2. Inst. de action.

* *Ioann. Faber* ad §. 2. Inst. de action num. 34.

Ant. de Padilla in L. altius C. de servitut.

Ant. Gomez in L. 46. Tauri num. 6.

* *Guid. Papae* cons. Gratianopol. cons. 1. Num. 8. cons. 91. num. 2. (doch kam beym letzten Fall noch die quasi possessio libertatis zu statten).

* *Ioann.*

gehe, verleiten lassen. Allein in * *Cisner.* ad tit. Inst. de action. §. 2., wo er doch hiervon handeln mußte, finde ich nichts hieher gehöriges.

*) Ich will die mir bekannt gewordenen in einer Unterordnung zusammenstellen, um einigermaßen die chronologische Folge etwas leichter übersehen zu lassen.

* *Ioann. Schneidewin* ad §. 2. Inst. de action. Num. 37.

* *Ioach. Mynsinger* cons. et resp. resp. 11. num. 11 - 13.

* *Mauritii* Consilia Chilonens. cons. 1. num. 4. sqq.

Menoch. arbitr. jud. quaest. P. II. qu. 472. num 2. et qu. 23. n. 13.

Klock de contribut. cap. 19. num. 425. 426.

Merkelbach ap. Klock. Vol. I. cons. 21. num. 32. Vol. III. cons. 140. num. 8. 9.

* *Carpzov* jurisprud. for. P. II. const. 41. def. 18 num. 1 - 5.

* — processus. tit. 13. art. 1. num. 21. sqq.

* Colleg. jur. argentor. L. VIII. tit. 5. §. 25.

* Cons. Tubing. Vol. V. cons. 22. num. 91. sqq.

* Cons. Marburg. Vol. II. cons. 30. num. 8. sqq.

* *Ge. Ad. Struv.* syntagma jur. civ. exerc 13. th. 50.

* *Stryck* Us. mod. L. VIII. tit. 5. §. 1.

* *Io. Nic. Hert.* diss. de quasi possidente probante (in ejusd. opusc. Vol. I. P. III p. 201. sqq.) Sect. II.

* *Cothmann* consil. Vol. IV. cons. 1. num. 21.

* *Mar-*

Martini proc. Saxon. tit. 20. §. 1. num. 256. sqq.

**Leyser* med. ad Pand. sp. 109. med. 5.

**Schön* syst. jur. civ. L. VIII. tit. 5. §. 8. (der auch die Leipziger Praxis bezeugt).

**Titius* obs. in comp. Lauterbach. obs. 256.

** Ge. Melch. de Ludolff* symph. cons. et dec. dec. 29. pag. 600.

*von Cramer Wetzlar. Nebenst. Th. 35. S. 50.

**Pufendorf* obs. jur. univ. Tom. I. obs. 37.

**de Cannegiesser* dec. Cassell. Tom. II. dec. 283. num. 7.

*Pütter Rechtsfälle. Bd. I. Ded. 20. Num. 51.

Auch sind einzelne Landesgesetze da, welche dasselbe unbedingt vorschreiben *).

Dieselbe Meynung findet sich nun auch mit bestimmter Beziehung auf den Fall, da der Beklagte im Besitz wäre **), in

Alexand. ad L. si prius D. de O. N. N. num. 37. vers. cujus dictis.

Jacobin. de S. Georg. L. circa eum D. de probat. num. 4. vers. circa istum articulum.

Anton.

*) Z. B. die von * *Cannegiesser* loc. cit. angeführte Hessenkasselsche Verordnung vom 31 Jan. 1749.

**) Von diesen einzelnen Meynungen will ich hier nur über die bedeutendsten ihre Vertheidiger zusammenstellen.

Anton, de Padil. in L. si aedibus. C. de servitut. et aqua. num. 2.

Paul. Castrens. ad L. si prius cit. num. fin

Doctor *Pax* prax. T. III. cap. 1. §. 4. num. 38.

Tiraquell. de primogen. qu. 12. opin. 11.

* *Schneidewin* ad §. 2. Inst. de action. num. 39 41.

* *Modest. Pistoris* consilia Vol. I. cons. 7. n. 20. 21.

* *Andr. Cludii* rer. quotidian. cap. 1. num. 123. 124.

* *Pacian* de probat. L. II cap. 20. num. 8.

Hieron. Gabriel. cons. 145. num. 3. 13.

Natt. cons. 23. col. 1. num. 5 cons. 69. num. 6.

* *Mascard* de probat. Vol. III concl. 1194. num. 35. concl. 1299. num. 3.

* *Besold* P. III. cons. 118. n. 12. 16. sqq.

* *Hahn.* ad Wesenbec. L. VIII. tit. 5. n. 1.

* *Pet. Müller* ad *Struvii* Syntagm. jur. civ. ex. 13. th. 50. lit. *β*

* *Brunnemann* proc. civil. cap. 18. n. 4.

* *Martini* proc saxon. tit. 20. §. 1. num. 259.

Berger P. I. resp. 117 P. II. resp. 299.

* — resolut. leg. obstantium L. VIII. tit. 5. S. 148. (doch meynt *B.* hier, obgleich nicht ohne Bedenken, daß zehnjähriger Besitz nach

nach gemeinem Recht vom Beweise befreye und daß dies in Sachsen nicht geändert sey.

* *Berger* de usu actionum rei persecutor. cap. 2. §. 10.

* *Stryck* de action. forens. investig. Sect. II. membr. 4. §. 4. (Doch mit unten zu erwähnenden Einschränkungen).

Stryck not. ad Lauterbach. tit. D. si servit. verb. possident.

* *Manz* ad §. 2. I. de act. rubr. de act. negat. n. 19. 20.

* *Schilter* praxis jur. rom. ex. 18. §. 38. sqq.

* *Iu. Henn. Böhmer* introd. in jus Digest. L. VIII. tit. 5. §. 3.

* — — de action. Sect. II. cap. 2. §. 41. et 43.

* *Aug. de Leyser* meditatt. ad Pand. sp. 109. med. 5.

Senkenberg diss. de cautelis circa action. negat.

Tob. Iac. Reinharth diss. de possessione ab onere prob. non relevante Erf. 1727.

* Gundlingiana Th. XXVIII. S. 263. ff.

* *Schaumburg* annot. ad Struv. jurisprud. rom. germ. L. II. tit. 6. aph. 5.

* Joh. Ludw. Schmid Lehrbuch von Klagen. §. 474. num. 3.

**Car. Frid. Walch* introd. in controv. Sect. IV. cap. 1. §. 6.

Io. Frid. Gildemeiſter obſervatt. var. argum. (Brem. 1778.) num. 5.

A. G. van Meurs diſſ. de favore libertatis. Lugd. Bat. 1783.

*v. Spangenberg ſyſtem. Darſtellung der Lehre vom Beſitz. § 168 — Indeſſen ſind die Lehren dieſes Schriftſtellers doch etwas ſchwankend und unzuſammenhängend *).

Uebrigens iſt daſſelbe auch in der oberwähnten Caſſelſchen Verordnung feſtgeſetzt **).

Die dieſer entgegengeſetzte Meynung, daß nemlich der Kläger gegen den Beſitzer beweiſen müſſe, findet man ſchon bey ſehr alten Schriftſtellern erwähnt; doch iſt es mir nicht möglich geweſen, den eigentlichen Urſprung derſelben herauszufinden.

Schon Bartolus ***) gedenkt dieſer Meynung als einer von der Gloſſe verworfenen. In

*) *Schwendendörfer* ſumm. action. expoſit. cap. 2. membr. 11. §. 16. — ſoll zwiſchen der actione negatoria privilegiata et non privilegiata unterſcheiden.

**) vergl. **de Cannegieſſer* Deciſ. Caſſell. Tom. I. S. 282. not.

***) *ad L. 1. §. hoc interd. D. de itinere actuque privato num. 2.

In der dabey angeführten Stelle der Glosse *) ist nun zwar nichts hiehergehöriges zu finden, man müßte denn annehmen, daß, da wenigstens in andern Stellen die Glosse jene Meynung bestimmt annimmt, sie diese zugleich verwirft.

Ausdrücklich habe ich diese Begünstigung des besitzenden Beklagten bey folgenden Schriftstellern gefunden:

* *Ioann. Faber* ad §. aeque Inst. de action. num. 34. (Doch sind seine Beyspiele und Behauptungen nur auf den Fall, da gegen ein generelles Recht Exemtion statt hat, zu beziehen. Bey Grundstücken scheint er doch das Gegentheil zuzugestehen).

* *Guid. Papae* decis. Gratianopol. dec. 28. num. 3. ibique Ferrerius.

Cumanus ad d. L. si prius num. 19.

* *Alciat.* de praesumpt. reg. 2. praes. 1. num. 2. (Von den genauern Unterscheidungen dieses Schriftstellers, der für einen Anführer dieser Parthey gehalten wird, unten)

*) * in Cod. de probat. L. cum res. dic. ut ibi.

***Mascard.* de probat. Vol. III concl. 1299. num. 4. (beschränkt seine oben *) angegebenen Meynung nach Alciati's Absonderung.

***Menoch.* de praesumt. L. III. praes. 89. n. 8. (führt aber eigentlich nur Alciati's Meynung an, und hat deren Gegentheil selbst in cons. 75. num. 4. befolgt.

Duaren. de probation. cap. 13. vers. unde quaeritur.

***Fachinei* controv. L. XI. contr. 56.

***Ant. Faber* Cod. Sabaud. def. for. L. III. tit. 24. def. 8. et not. 6. sqq.

***Arn. Vinnius* ad §. 2. Inst. de action. verb. nam in his agit etc. vers. notandum autem (doch ist seine Erklärung nicht deutlich genug).

F*ranzkius* ad Dig. tit. si ususfructus vindicetur. num. 7.

Koch prax. for. Germ. P. II. sub. rubr. negatoria pag. 231. 232.

Majer ad §. 2. Inst. de action. pag. 931. sq.

Wilh. Lyser diss. in actione negatoria, utrum actor probare debeat an reus.

***Lauterbach* coll, theor. pract. L. VIII. tit. 5. § 11.

* — conclus. fori. exerc. 18. §. 9. 10.

* — comp. jur. L. VIII. tit 5.

Cocceji de prob. negat. cap. 4. §. 10.

Wissen-

*) S. 16.

Wissenbach ad Pandect. P. I. disp. 20. §. 20.

Fabricius ad Mynsinger cent. 1. obs. 19. *).

* *Mevii* decis. P. VIII. dec. 292.

Ludw. Menken gymnas. polem. jur. civil. disp. 3. § ult. (20.).

* *Ge. Beyer* delin. jur. civ. ad pand. L. VIII. tit. 5. pos. 2 - 4.

* *Heineccii* comp. Pand. L. VIII. tit. 5. §. 167.

Io. Phil. Hahn opinion. jurid. class I. num. 5.

Hieron. Frid. Schorch diss. de jure servit. et cens. Sect. 2. §. 5. 7.

* *Ge. Melch.* de *Ludolph* observat. forens. obs. 184.

Lud. Godofr. Madihn ad *Menken* introd. in act. forens. not. 265. pag. 103.

Io. Chr. Woltär observatt. ad jus rom. et brandenburg. fasc. II obs. 34.

 * *Io.*

*) Man citirt für diese Meynung sehr oft * *Mynsinger* singular. obss. imp. cam. L. I. obs. 19. Das ist denn wieder ein Beweis, wie unsre citirsüchtigen Zunftgenossen einander die Allegationen ohne weitere Untersuchung nachschreiben. Hätten sie es nachgesehen; so würden sie gefunden haben, daß *M.* gar nicht hiervon, sondern von der Frage spricht, ob der Kläger bey der negatorischen Klage das Eigenthum zu bescheinigen habe, wenn er im Besitz ist.

**Io. Ern. Iust. Müller* obſervatt. ad Leyſer. faſc. II. obſ. 264. *).

**Car. Chr. Hofacker* princ. jur. civ. rom. germ. §. 1143.

**Cocceji* jus civile controv. L. VIII. tit. 5. qu. 4 ibique *Emminghaus* not. z et a **).

*Chr. Carl. Dabelow Syſtem der Rechtsgel. §. 1603.

Iul. Frid. Malblanc* princ. jur. rom. P. II. Sect. I. (Lib. VIII. tit. 5) §. 439. *).

Für die Meynung, daß der Kläger beweiſe, wenn er ſage: der Beklagte übe die Servitut vi, clam, oder precario aus, wird neben

**Ant. Faber* in cod. Sabaud. loc. cit.

als ein Hauptführer Benedict Carpzov in

*Reſponſ. L. I. reſp. 67 et 68.

* Proc.

*) Dieſer Schriftſteller drückt ſich, wie gewöhnlich, ſchwach und ſchwankend aus. Nach ſeiner Meynung entſtände erſt die praeſumtio pro libertate aus der poſſeſſione libertatis actori competente.

**) Eine der ausführlichſten Abhandlungen über dieſe Frage.

***) Einige beſonder Meynungen von Gelehrten, welche dieſelbe Frage nur mit Unterſcheidungen bejahen, ſollen gelegentlich unten berührt werden.

*Proc. civ. tit. 13. art. 1. num. 30. sq. — und
*Iurispr. forenf. P. II. conft. 41. def. 18.

genannt; indessen kann er wenigstens nicht ganz unbedingt dafür angeführt werden; seine Behauptungen sollen unten noch mehr ins Licht gesetzt werden. Sonst sind noch mehrere dieser Meynung, als

Fulgof. in L. 8. §. 2. si servit. vindicetur.

Gastel specul. jur. univerf. c. 98. n. 63.

Car. de Mean obff. et res judicat. ad jus Leod. obf. 565.

Nicolai proc. cap. 42. n. 14. 15.

Ge. Ad. Struv. in Syntagm. j. civ. ex. 13. th. 50. ibique *Müller* not. γ.

**Hert.* loc. cit. §. 4.

**Gundlingiana* Th. XXVIII. diff. cit. §. 15

**Hahn* ad *Wefenbec.* L. VIII. tit. 5. num. 1. in fin.

**Hoppe* ad Inft L. VI. tit. 6. §. 2. num. 1.

**Stryk* de act. inveft. loc cit.

Eckolt ad Pand. tit. fi ufusfr. petatur. §. fin.

*Joh. Ludw. Schmidt Abh. versch. Rechtsmaterien Th. I. Abh. 70.

Dagegen erklären sich andre Rechtsgelehrte entweder im allgemeinen, als

 **Brun-*

* *Brunnemann* und * *Martini* loc. cit.

* *Berger* oec. jur. L. II. tit. 2. th. 22. not. 8.

* *Böhmer* de action. loc. cit. §. 43.

oder wenigstens dann, wenn der Kläger bloß sagt: er besitze vi oder clam. Diese letzten legen dann in dem Fall, da der Kläger vom Beklagten sagt, daß er precario besitze, jenem den Beweis auf. Dieser Meynung sind

* *Ge. Ad. Struv* jprud. for. Lib. II. tit. 6. §. 5. (Er widerspricht also seiner im synt. j. civ. geäußerten, oben S. 23. erwähnten Meynung, wie mehrere in dieser Materie).

* *Schaumburg* annot. ad Struv. ibid. aph. 5.

* — comp. Pand. L. VIII. tit. 5. §. 6.

* *Menken* ad Struvium cit. not. c.

* *Leyser* sp. 109. med. 8.

* *Hellfeld* jurisprud. forens. §. 687.

Daß endlich selbst dann die Beweislast auf der Seite des Beklagten bleibe, wenn auch der Kläger sich in seiner Klage auf den Besitz der natürlichen Freyheit gründe, verneinen

* *Menken* ad Struv. loc. cit.

* *Schaumburg* annot. ad Struv. loc. cit.

* *Schaumburg* comp. Pand. L. VIII. tit. 5. §. 6.

* *Wernher* obss. for. P. I. obs. 274. P. IV. obs. 184.

* *Müller* obss. ad Leyser medit. loc. cit.

* Schmidt Abh. versch. Rechtsmat. Th. I. Abh. 70. §. 3. *).

bejaht

* *Hellfeld* jurispr. for. §. 687.

2.

Fragmentarische Vergleichungen der Praxis über diese Lehre.

Ueber die allgemeine Regel ist die Praxis wohl einstimmig, und ich habe deshalb auch keinen Anstand genommen, die Rechtssprüche darüber gleich mit unter die wissenschaftlichen Untersuchungen zu ordnen **). Nur wird aus

 dieser

*) Einige, z. B. *Schaumburg*, führen für diese Meynung auch * *Berger* electa proc. poss. §. 10. an; allein ohne allen Grund. Er spricht vom interdicto uti possidetis, und sagt davon mit dem größten Recht, daß man bey demselben den Besitz der Freyheit beweisen müsse, und die Vermuthung für dieselbe nicht genug sey; unterscheidet aber von solchem ganz ausdrücklich die negatorische Klage.

**) vergl. oben S. 13. ff.

dieser Allgemeinheit der Praxis hier wenigstens um so weniger dies, daß die Praxis der Grund der Gültigkeit sey, zu folgern seyn, da die theoretischen Gründe dafür in der folgenden Erörterung derselben ganz entschieden erscheinen werden.

Ueber die einzelnen Anwendungen aber wird es sehr belehrend seyn, die Abweichungen der Praxis zusammengestellt zu sehen und vergleichen zu können. Also die Frage

I. ob der Beklagte auch beweise, wenn er im Besitz sey?

a) wird bejahend entschieden

α) nach der Observanz der kursächsischen Collegien überhaupt nach

* *Io. Henr. de Berger* oec. jur. L. II. tit 3 th. 22. not. 8. edit. noviss. Haubold. pag. 321.

β) besonders des Appellationsgerichts zu Dreßden — nach

* *Rivini* enunciat. jur. tit. 20. n. 26. *Kind* quaest. for. Tom. I. qu. 105.

γ) der Facultät zu Leipzig.

* *Schön*

Schön Syst. jur. civ. ad Menken L. VIII. tit. 5. §. 9. (der Verf. selbst ist der entgegengesetzten Meynung).

**Hommel* rhaps. quaest. obs. 717.

δ) Der Schöffen zu Leipzig.

**Rivin* enunc. jur. loc. cit.

ε) Der Facultät zu Wittenberg.

**Io. Henr. de Berger* electa disc. focens. tit. 20. obs. 1. not. 6. pag. 557. sb. (Auch zehnjähriger Besitz befreye nach gemeinem Recht nicht)

**Wernher* obss. for. P. I. obs. 339. P. III. obs. 168. P. IV. obs. 3. num. 133.

**Leyser* Sp. 109. med. 5.

ζ) des Oberappellationsgerichts zu Celle.

Pufendorf. obss. jur. univ. Tom. I. obs. 37. pag. 93.

η) Der Facultät zu Helmstädt.

**Leyser* Sp. 109. med. 6.

b) verneinend

α) vom Wismarschen Tribunal.

**Mevii* decis. P. VIII. dec. 292. num. 3. *).

β) vom

*) Cramer in den Nebenstunden (Th. 35. Num. 5.) bemerkt: in dem Urtheil beym Mevius seyen nur Appel-

β) vom Savoyer Senat

* *Ant. Faber* cit.

γ) vom Tribunal zu Grenoble

* *Guid. Pap.* cit.

c) Noch merkwürdiger ist, daß mehrere Dicasterien zwischen den entgegengesetzten Grundsätzen geschwankt haben.

Unter diesen sind zu nennen

α) das Reichskammergericht zu Wetzlar. Wenigstens scheint Ludolphs dem Kläger den Beweis aufbürdende

*obs. 184 cit.

auf ein Erkenntniß gehen; dagegen nach einem andern Ort desselben Buchs

*obs. 297. n. 15.

die Praxis überhaupt und namentlich des Reichskammergerichts insbesondre sich darnach richten soll, ob noch sonst

für

Appellationsprocesse erkannt; dies sey daher noch kein Präjudiz. Allein diese Bemerkung ist wohl unzulänglich; denn es sind doch jene Processe unter der Voraussetzung der unbedingten Gültigkeit des eben erwähnten Satzes erkannt.

für die eine oder die andre Parthey juris adminicula vorhanden seyn.

Allein nach

* Cramers Wetzl. Nebenst. Th. 35. Num. 5.

wird der Beweis dem besitzenden Beklagten immer und geradezu aufgelegt.

β) die Facultät zu Tübingen entschied diese Frage

א) bejahend — nach

Besold P. III. conf. 118.

ב) verneinend — nach

* Conf. Tubing. Vol. III. conf. 304. num. 43. fqq. Vol. V. conf. 22. num. 98. fqq.

γ) Vorzüglich veränderlich ist die Praxis der Facultät zu Jena gewesen.

1) Verneinend ist die Frage beantwortet in

* *Lynker* decif. cent. 1. dec. 16. *).

2) Verneinend gleichfalls — im Jahr 1701.

3) Be-

*) Eigentlich war dort die Rede von einer confessorischen Klage; indessen ist doch das Argument von der negatorischen als Entscheidung gebraucht.

3) Bejahend hingegen — im Jahr 1711. Beide Rechtssprüche sind angeführt in

* *Berger* oec. jur. loc. cit.

4) Bejahend wieder — nach

* *Engau* P. I dec. 291. num. 3. (herausgegeben 1769) — (E. sagt ausdrücklich, es sey auf keine possessorische Handlung zu sehen, und immer Beweis vom Beklagten zu fodern.

Noch andre abweichende Entscheidungen dieser Facultät in der Folge.

Bey einer solchen Verschiedenheit in der Praxis hat denn wohl Georg Beyer sehr Unrecht, wenn er *) (obwohl bey eigner Ueberzeugung vom Gegentheil) sagt: für die Meynung, daß der Beklagte, auch wenn er besitze, beweise, entscheide praxis universa. — Sie ist ganz offenbar nicht da, und es ist um so auffallender, solche Behauptungen zu lesen, wenn man unter den Gegnern der an-

*) * Posit. ad Pand. L. VIII, tit. 5. §. 3. not. c. Eben das sagt: *Lyser* diss. cit. * Thomasii diss. cit. §. 34. Für gemeine Meynung der Doctoren erklärt es auch mit mehrern Citationen Castillo de usufructu cap. 7. n. 10.

angeblich praktischen Meynung eben den großen sogenannten fabricatorem prexeos, David Mevius, und dann Anton Faber, und zum Theil Benedict Carpzov; findet, mit deren Autoritäten man sonst nach einem alten Sprüchwort unter den Rechtsgelehrten in und außer Sachsen fortkommen sollte. — So steht es aber immer, wenn man die Sache etwas genauer anzusehen, sich die Mühe nimmt. Es behauptet leicht ein oder der andere Rechtsgelehrte dies oder jenes als allgemeine Praxis, und man kann dreist behaupten, es ist niemals ohne alle Ausnahme eine solche vorhanden, wenn man nemlich nicht auf die Praxis stützen will, was ganz ausdrückliche Gesetze entscheiden. Wenn man auch den äußerst triftigen theoretischen Gründen (a priori) gegen die Praxis kein Ohr leihen will *); so wird man doch solchen Inductionen und Beweisen (a posteriori) nicht wohl aus-

*) Vergl. Haus über den Werth des Gerichtsgebrauchs. Erlang. 1798. 8. und noch einige neue Bemerkungen darübe in meiner Recension dieser sehr schätzbaren Schrift s. Allg. Lit. Zeitung 1798. N. 255.

ausweichen können. Uebrigens möchte ich die Collegien, welche dem einmal angenommenen Satz nicht unverbrüchlich angehangen haben, deshalb um nichts geringer achten, indem sich eben dadurch der Geist ihrer unbefangenen Prüfung und ihre Unabhängigkeit von vorgefaßten Meynungen oder Vorurtheilen (praejudiciis) bewährt.

II. Ob dem Beklagten die Beweislast verbleibe, wenn der Kläger sagt: jener übe die Servitut unrechtmäßig aus. Diese Frage bejaht das Dreßdener Appellationsgericht.

* *Berger.* elect. disc. for. tit. 20. pag. 559. num. 3.

III. Ob dem Beklagten der Beweis bleibe, wenn der Kläger sagt: er übe die Servitut vi, clam oder precario aus. Diesen Satz

a) verneinen

α) das Appellationsgericht zu Dreßden (das doch ebengedachtermaßen die Angabe der generellen Qualität dazu nicht für hinreichend hält), — nach

* *Io.*

**Io. Henr. de Berger* elect. disc. for. loc. cit.

**Chr. Henr. de Berger* decis. dec. 76. et 334.

β) Die Facultät zu Halle.

**I. H. Berger* oec. jur. loc. cit.

γ) Die Facultät zu Jena — im vorigen Jahrhundert *)

**Richter* P. I. dec. 98. n. 64.

und noch vor etwa zehn Jahren.

*J. L. Schmidt Abh. versch. Rechtsm. Th. I. Abh. 70.

δ) das Tribunal von Savoyen

**Faber* Cod. Sabaud. loc. cit. num. 6.

b) verneint

die Facultät zu Jena — in mehrern andern ungedrukten Urtheilssprüchen und namentlich in einem im Jahr 1801. ertheilten — selbst in einem Fall, wo der Beklagte nach den Ausdrücken der Klage precario besaß.

Den-

*) vergl. oben S. 29. f.

Dennoch soll auch hier, selbst nach der Angabe derer, die anderer Ueberzeugung sind, das erste die Meynung in foro seyn *).

Die Praxis der Wittenberger Facultät über die Beweislast des Klägers, wenn er sich auf den Besitz der natürlichen Freyheit gründe, ergiebt sich aus dem oben genannten Wernher **).

*) *Böhmer* de action. loc. cit. §. 43. * *Berger* oec. jur. loc. cit.

**) s. S. 25.

II.

Wissenschaftliche Erörterung.

1.

Bisheriger Beweis des allgemeinen Satzes.

Die beyden Hauptgründe, welche man für diesen anführt *), sind:

1) Die bekannte Regel, daß ein schlechthin verneinender Satz keines Beweises fähig sey (Simpliciter negantis nulla est probatio). Diese allgemeine Regel, mit deren weitläuftigen Erörterung wir uns

*) Mehrere, besonders die ältern, führen nur den 2ten Grund, andere spätere, z. B. *Castillo, *Manz l. c. beyde an.

uns hier nicht aufzuhalten haben, folgt theils aus der Natur der Sache, theils aus ausdrücklichen Gesetzen *).

2) Die sehr starke Vermuthung für die Freyheit der Grundstücke **). Sie folgt zu klar und entschieden aus der Natur des Eigenthums überhaupt, als daß sie eines weitläuftigen Beweises bedürfte, und insofern hat Thomasius ***) ganz recht, daß man zu ihrer Begründung keine ausdrücklichen Gesetze nöthig habe, ob-

*) * L. 2. D. de probat. * L. 23. in fin. C. eod. — arg. * L. 10. C. de non numer. pec. — arg. * c. 2. C. 6. qu. 5. — arg. * c. 5. X. de renunc. (Die hieher gehörigen Hauptworte in beyden Stellen des kanonischen Rechts sind aus * L. 10. de non num. pec., wie denn eine solche wörtliche Entlehnung aus dem römischen Gesetzbuch in dem kanonischen sehr oft vorkömmt) — vergl *Jason* n. 47. in §. 2. I. de action. * *Schneidewin* ibid. n. 38. 39. *Cravetta* conſ. 151. num. 18.

**) * *Jason* ad L. ſi prius. D. de O. N. N. num. 30. * *Mascard* de probat. Vol. III. concl. 1194. n. 65. * *Stryck* Vſ. Mod. L. VIII. tit. 5. §. 1. * *Hert.* diſſ. cit. (opuſc. Vol. I. P. III. p. 201. ſqq.) Sect. II. §. 1—5. * *Titius* obſſ. in. comp. Lauterbach. obſ. 256. * *Ge. Melch Ludolph.* conſ. et dec. 29. S. 600.

***) * diſſ. cit. §. 20.

obgleich die gewöhnlich darüber angeführten *) denn doch wohl mehr für jene Vermuthung enthalten möchten, als er zugeben will.

Von diesen beiden Hauptgründen will sich Thomasius nur auf den zweyten eigentlich stützen, weil er, wie er ausdrücklich sagt, den ersten zwar nicht für falsch, aber für dunkel hält, indem die Anwendung der Regel, daß verneinende Sätze nicht zu beweisen wären, theils dadurch, daß solche verneinende Sätze oft bejahende enthielten, theils dadurch, daß von ihnen doch ein indirecter Beweis oft möglich sey, manche Einschränkungen erlitte **). Allein hier ist doch wohl ein rein verneinender Satz, nemlich daß das Eigenthum keine Einschränkungen durch das Recht andrer habe, unverkennbar.

Dagegen will Augustin von Leyser ***) den zweyten Grund allein nicht als zureichend gelten lassen. Doch auch dessen Argumente

*) *L. 8. 9. et 10. C. de servitut. et aqua.

**) diss. cit. §. 21.

***) *med. ad Pand. Sp. 109. med. 5.

gumente sind hierüber nicht ausreichend, wie sich unten besser wird entwickeln lassen.

2.
Bisherige gebrauchte Nebengründe für den allgemeinen Satz.

Außer jenen zwey Hauptgründen bringen andere ältere und neuere Schriftsteller nun noch andre, wovon einige in der That nur Entwickelungen der Hauptgründe sind.

Man unterstützt nemlich 1) den ersten, der von der Unmöglichkeit des Beweises für einen verneinenden Satz hergenommen ist, durch Gesetze, die in ähnlichen speciellen Fällen auch den Erweis einer Verneinung erlassen und dabey die allgemeine Regel, daß eine Verneinung, der Natur der Sache nach, keinen Beweis zulasse, zum Grunde angeben; vorzüglich durch die schon erwähnte *L. 10. C. de non num. pecun. Adſeveratio d e b i t u m ſ o l u t u m contendentis, temporis diuturnitate non excluditur; nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querela prius evaneſcat; cum inter eum, qui factum

factum adſeverans, onus ſubiit probationis et negantem numerationem, (cujus naturali ratione probatio nulla eſt) et ob hoc ad petitorem ejus rei neceſſitatem transferentem, magna ſit differentia.

Zur genauern Beleuchtung des zweyten Grundes haben einige Rechtsgelehrte noch folgende Betrachtungen angeſtellt: 2) daß eine Veränderung der Natur gegen die Vermuthung der Freyheit eine Thatſache ſey und alſo darum bewieſen werden müſſe. Servitus, ſagen die ältern, cauſam non habet naturalem, ſed impoſitivam *) aut praeſcriptivam **). Sie führen dabey zur Erläuterung an, daß derjenige, welcher ſich gegen das gemeine Recht auf ein Privilegium gründe, immer beweiſen müſſe ***).

 3) daß

*) Impoſititiam heißt es in L. 5. §. 9. D. de op. nov. nunc.

**) Gloſſ. in L. 14. verb. ingenuitatis. D. de probat. *Bald.* in c. 6. X. de conſt. n. 44. * *Carpzov* L. I. reſp. 67. num. 15. *Menoch.* 2. arbitr. jud. quaeſt. 472. n. 2. et 23. n. 13. * Cramer Wetzlar. Nebenſt. Th. 35. S. 50.

***) * c. 7. de privileg. in 6. *Clud.* rer. quotid. cap. 1. n. 126. * *Carpzov* l. c. n. 16.

3) daß im Beweise des Eigenthums eigentlich schon das volle Recht desselben, und also auch das Recht liege, alle Einschränkungen desselben zu verbieten und abzuwehren *).

4) Hr. Prof. Hugo behauptet etwas ähnliches, wenn er sagt: die negatorische Klage sey im Grunde eine Eigenthumsklage, wodurch man die Freyheit der Sache von der Servitut behauptet, und es sey bloß in historischen Gründen zu suchen, daß eine solche negatorische Klage nicht auch beym Pfandrecht eben so vorkäme **).

Endlich ist auch 5) der durch Gundling gemachten Vergleichung dieser Klage mit der actione ex lege Diffamari, wo man auch Beweis verlange ***), nicht alle Tauglichkeit zur Erläuterung abzusprechen.

3. Er-

*) **Pufendorf* obss. jur. univ. Tom. I. obs. 37. pag. 93.

**) *Hugo Lehrbuch des röm. Rechts §. 187.

***) *Gundlingiana Th. XXVIII. diss. de act. negat. §. 19.

3.

Erster Zusatz.

Der Kläger beweist auch dann nicht, wenn er sich in der negatorischen Klagschrift bejahender Worte bedient hat *).

Es ist des Richters Pflicht, immer auf das wahre Wesen einer Klage und den eigentlichen Klagegrund zu sehen. Es kommt also immer darauf an, ob der Kläger genau betrachtet sagt: Beklagter hat die Dienstbarkeit nicht. Sollte er nun auch sagen: Beklagter hat sich diese Dienstbarkeit angemaßt u. dgl.; so kann das schlechterdings nichts ändern. Denn ohne diese Behauptung, Anmaaßung oder Handlung des Beklagten wird jener nicht klagen. Diese Anmaßung ist

 aber

*) Auf die von Placentinus und nach ihm von *Nic. Cisnerus ad tit. Inst. de action. §. 2. num. 5. aufgestellte Behauptung: es hinge der Unterschied der confessoriae und negatoriae davon ab, ob bejahende oder verneinende Worte gebraucht seyn, wird wohl jetzt nicht nöthig seyn, sich weitläuftig einzulassen.

aber nur die Veranlassung zur Klage, nicht der Klagegrund selbst. Daher beweist sie auch der Kläger nicht.

4.

Zweyter Zusatz.

Der Beweis liegt bey der negatorischen Klage auch dann dem Beklagten ob, wenn er im Besitz ist.

Um sich diesem Fall, daß der Beklagte im Besitz sey, recht bestimmt zu denken, darf man nur annehmen (was ohnehin so häufig vorkommt), daß der Beklagte nach dem possessorischen Proceß im Besitz geschützt sey. Nun ist die Meynung des obigen Satzes, daß auch dann, wenn nach dem possessorischen Proceß, in dem jemand geschützt worden, gegen diesen ein petitorischer, also die negatorische Klage, angestellt würde, dennoch der Besitz ihn nicht von der Beweislast befreye.

Der Hauptgrund, den man bisher für diese Behauptung mit allem Recht vorgebracht hat, besteht in folgendem:

Die

Die negatorische Klage werde, wie alle dingliche Klagen, gegen den Besitzer, wenigstens in der Regel *), angestellt, und also daß dieser im Besitz, aber im unrechtmäßigen Besitz sey, immer stillschweigend (virtualiter) vom Kläger vorausgesetzt. — Dieser allgemeine Grund wird noch von andern durch Nebenbetrachtungen unterstützt. Einige bemerken,

1) daß, wenn der Beklagte keine Servitut ausübte, der Kläger keiner negatorischen Klage bedürfte **). Andre erläutern es
2) dadurch, daß der Klagegrund bey dieser Klage immer Ableugnung der Dienstbarkeit und niemals Qualität des Besitzes, sey;
3) daß bey der gegenseitigen Meynung die possessorischen und petitorischen Rechtsmittel vermischt würden, da es doch bey diesen auf das Recht, und nur bey jenen auf das Factum ankomme, welches in den Gesetzen nicht

*) Denn allenfalls ist es eine (bey dieser Frage gar keinen Einfluß habende) Besonderheit der Servitutenklagen, daß sie auch wohl vom Besitzer angestellt werden können. Doch leugnen mehrere selbst diese Besonderheit, z. B. **Thomasii* diss. cit. §. 13. sqq.

**) **Brunnemann* proc. civil. cap. 18. n. 4. Seine Worte sind ganz abgeschrieben, in *Martini proc. Saxon. tit. 20. §. 1. n. 259.

nicht bloß überhaupt, sondern auch speciell bey den Servituten sehr deutlich unterschieden wird *), die nur die **actiones** auf das **jus**, hingegen die **Interdicta** auf das factum gründen **).

Außer diesem Hauptgrunde sind nun auch hier noch mehrere andre Nebengründe von andern Schriftstellern hinzugefügt worden. Dahin gehört:

1) Wenn die Beweislast nur demjenigen Beklagten, der nicht besitzt, obliegt; also nur dann, wenn der Kläger im evidenten Besitz der natürlichen Freyheit wäre, so entschiede eigentlich nicht die oben als Grund angegebene Vermuthung für die Freyheit, sondern die Vermuthung für den Besitz ***).

2)

*) *L. 2. §. 3. D. de servitut.

**) *Thomasii diss. de onere probandi in act. negat. §. 24. * *Böhmer* de action. Sect. II. c. 2. §. 41. et 43. et not. * Bartolus ad L. 1. §. hoc interd. D. de itinere actumque privato bemerkt in dieser Hinsicht, daß nur dann der Gegner des Besitzes beweise, wenn er das possessorium anstelle, oder wenn man das possessorium und petitorium nicht unterscheide. *Rom.* in L. 1. sub. num. 15. vers. tertio. in notabilem. col. pen. C. de testam. *Iason* L. si prius. num. 44. vers. secund. regul.

***) **Thomasii* diss. cit. §. 26.

2) Das Gegentheil wäre unbillig; denn da eine Handlung zur Erwerbung des Besitzes genug sey; so würde auch bloß eine solche einzelne Handlung hinreichend seyn, um die Beweislast auf den Kläger zu wälzen *).

3) Es gelte eigentlich für diese Art des Besitzes, wie er bey Dienstbarkeiten allein möglich sey, gar keine Rechtsvermuthung. Auf diesen allgemeinen Satz nemlich lassen sich meines Erachtens mehrere feine Bemerkungen verschiedener Rechtsgelehrten zurückführen. Dahin rechne ich die nachstehenden:

a) Es ist eigentlich nie ein Besitz der Servitut, sondern immer nur einzelner Handlungen, z. B. des Gehens, Fahrens rc. Diese Bemerkung Gundlings **) scheint mir, wenn man sie recht versteht, sehr bedeutend; denn sie soll offenbar soviel sagen: da bey der Servitut immer eine fremde Sache vorausgesetzt wird; so sähe man es den einzelnen Handlungen nicht an,

*) *Wilh. Lyser* in actione negat. utrum actor probare debet an reus §. 25. **Wernher* obss. for. P. IV. obs. 3. num. 134.

**) Gundlingiana Th. XXVIII. S. 265. f.

an, daß man sie gerade als eine Folge der Servitut ausübe; man könne sie aus allerhand andern Rechtsgründen ableiten; daher thäten denn diese Handlungen, wenn sie auch erwiesen wären, nicht einmal den Besitz der Dienstbarkeit dar.

b) Bey einem Besitz von körperlichen Sachen ist es möglich, daß derselbe immer auf dieselbe Art statt gehabt habe; bey unkörperlichen hingegen müsse gegen die ursprüngliche Freyheit eine Veränderung vorgegangen seyn; denn hier ist der (sogenannte, Quasi-) Besitz immer eine neue Thatsache *), ein bloß menschliches Institut. Deshalb gelte für diese Art des Besitzes keine Rechtsvermuthung **).

c) Durch Besitz könne freylich Eigenthum erworben werden, wie besonders bey einer herrenlosen Sache durch den Anfang desselben

*) **Iof. Mafcard.* Vol. III. concl. 1194. num. 35. fq. 38. fq. *Bartol.* in L. 15. de N. O. N. **Carpzov* refponfa. L. I. refp. 67. num. 11 — 15.

**) **Berger* de ufu action. rei perfecutor. §. 10.

selben (apprehensio). Daher sey denn eine Vermuthung aus dem Besitz hier und in ähnlichen Fällen ganz natürlich. Allein bey der Servitut sey das ganz anders; diese setze immer eine fremde Sache, nie eine herrenlose, voraus; bey einer solchen könne daher der bloße Besitz und besonders der Anfang desselben nie eine Erwerbungsart seyn *), und also aus demselben für die Erwerbung des Rechts überhaupt, und für die gesetzmäßige insbesondre nie vermuthet werden, immer vorausgesetzt wenn nur dies, daß die Sache im Eigenthum eines andern sey, gewiß ist.

4) Es ist gar nicht ohne Beyspiel, daß der Besitzer beweisen müsse; er ist immer verpflichtet, alsdenn den Beweis zu übernehmen, wenn der Besitz allein zu dem behaupteten Recht nicht hinreichend ist **), und das ist er nach dem eben vorher bemerkten offenbar

*) *Gundlingiana l. c. S. 266. f. §. 7.

**) *L. 16. C. de probat. *cap. 3. in fin. de probat. **Schaumburg* annotat. ad Struv. jurisprud. rom. germ. L. II. tit. 6. aph. 6.

bar nicht; oder auch dann, wenn er eine Präsumtion gegen sich hat *).

Neben diesen triftigen und entscheidenden Gründen werden von manchen Rechtslehrern andre gebraucht, die man bey näherer Untersuchung unzureichend finden muß. Dahin sind zu rechnen:

1) Daß der Beklagte immer seine Einreden beweisen müsse.

Dies fällt ja bekanntermaaßen weg, wenn er eine Rechtsvermuthung für sich hat; die Gegner machen hier für ihn die dem Besitz günstige Rechtsvermuthung geltend, und es wird also immer eben darauf an, ob und wiefern auf diese hier etwas ankommt.

2) Der analogische Grund, daß der vom Eigenthümer beklagte Besitzer die etwa behauptete Verpfändung beweisen müsse.

Diese behauptete Analogie hält aber die Prüfung nicht aus; denn nicht jeder Besitz, sondern der Besitz des eben jetzt streitigen Rechts befreyt vom Beweise desselben. Nun klagt

*) *Mascard* de probat. Vol. III. concl. 1194. num. 65.

klagt aber im angezogenen Fall der Kläger als Eigenthümer; der Beklagte aber, der sich mit der Verpfändung schützt, leugnet ihm ja das Eigenthum nicht ab, und besitzt auch nicht als Eigenthümer; folglich führt er für sich nicht einen solchen Besitz an, der den als Klagegrund angeführten Recht zur causa possessionis hat.

3) Die *L. 3. § 13. D. de itinere actuque privato. Allein wenn man auch hier nicht darauf sehen will, daß von mehrern Rechten, z. B. dem jure eundi, dann auch wohl dem jure reficiendi oder nach andern die Rede*), und nicht ganz deutlich ist, worauf sich jedes bezieht**); so ist wohl schon deshalb das Gesetz keiner sichern Anwendung fähig, weil ganz deutlich bloß über das Interdict darinn gesprochen und verfügt wird ***), wobey bekanntlich der Besitz alles entscheidet. Da nun dasselbe von der petitorischen Klage geradezu nie gilt; so ist eine weitre Prüfung des Gesetzes ganz überflüßig und zwecklos.

4) L.

*) vergl. L. cit. §. 14.

**) vergl. *Cocceji jus civ. contr. loc. cit. ad obj. 5.

***) *Thomas. diss. cit. §. 29.

4) * L 10. pr. D. si servit. vindicet. Offenbar spricht dies Gesetz nicht von der negatoria, sondern confessoria. Der Besitzer habe utilem actionem und dann habe er nur nöthig: ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse *). Also der Kläger beweist, und dann freylich nur den Besitz, allein doch durch eine Zahl von Jahren, folglich immer einen verjährten Besitz **). Die Unsicherheit des analogischen Schlusses ist also auch hier hinlänglich klar.

5) Die Bemerkung: multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta in *L. 24. §. 10. in fin. D. de fideicommissar. libertat. ***). Allein wenn sie auch bestimmter wäre, so ist um deswillen keine unmittelbare Anwendung derselben möglich, weil sie nur auf Menschenfreyheit geht.

6) Daß

*) vergl. wegen der Lesart Brennemans Note in der Göttinger Ausgabe *(not. 85.)

**) vergl. *Woltär* obss. ad jus rom. et brandenb. fasc. 2. pag. 165. sqq.

***) vergl. * §. 4. (ult.) I. de donat., in dem jene Worte aus den Pandekten entlehnt sind, wie oft in den Institutionen der Fall ist.

6) Daß die vera possessio des Eigenthümers der quasi possessioni des zur Servitut berechtigten vorgehe *).

Auch dies kann nichts entscheiden; es kann nicht auf diesen Unterschied des Besitzes sondern allein darauf, ob gerade das streitige Recht besessen werde, ankommen. Denn aus dem Besitze des Rechts schließt man eigentlich auf die rechtliche Begründung desselben.

5.

Neue Gründe für den Beweis des allgemeinen Satzes sowohl, als auch besonders in der Beziehung auf den Besitz des Beklagten.

Sollte man mir es nicht für eine Anmaßung auslegen, daß ich über eine Frage, an der sich so viele, fast möchte man sagen, alle juristische Schriftsteller versucht haben, noch neue Gründe auffinden wolle? Es mag eine Anmaßung seyn; meine Leser und Richter mögen nach geführtem Beweise entscheiden, ob ich

*) * Gundlingiana cit. §. 14.

ich „dasjenige, so mir zu erweisen obgelegen und ich mir angemaßet, wie Recht dargethan" habe. Also erlaube man mir die Vorlegung der folgenden Betrachtungen.

1) Es giebt meines Erachtens noch ein bedeutendes neues, aus der Theorie des Rechts herzunehmendes Argument für die bisherigen Behauptungen, das darin besteht. Die Natur der Präsumtion aus dem Besitz ergiebt deutlich, daß sie schwächer seyn muß, als die Präsumtion für das Eigenthum und die natürliche Freyheit. Nur dann wird nach dem Besitz entschieden, für den Besitzer, daß er auch das Recht habe, vermuthet, wenn gar kein anderer Grund des Rechts aufgefunden werden kann, und eben so wenig einer dagegen ist. In dem hier zu untersuchenden Fall aber ist ein Grund des Rechts selbst da, nemlich das Eigenthum ist gewiß, und also die Folgen daraus sind zugleich mit bewiesen. Man könnte sogar sagen, daß nur uneigentlich eine Präsumtion für die natürliche Freyheit behauptet werden könne. Das Recht selbst ist wirklich bewiesen, dadurch, daß das Eigenthum, das den Grund desselben enthält, außer Streit gesetzt ist. — Ich gebe zu, daß dies nur eine neue Ansicht andrer bisher vorgebrach-

ten

ten Gründe, und insofern weniger bedeutend ist; allein als neue Ansicht wird man mir wohl das Eigenthum davon zugestehen, und in dieser Beziehung derselben nicht alles Gewicht absprechen.

2) Zu diesem allen kommt als ein Hauptentscheidungsgrund ein, soviel ich bemerkt habe, von allen Rechtsgelehrten, die diese Frage berührt haben, übersehenes Gesetz, nemlich *L. 5 pr. in f D. si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur: Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius *) jus utendi non habet **); vincet tamen

D 3 jure,

*) Hotmanns vorgebliche Verbesserung (obss. Bas. 1571. L. IV. pag. 48.), nach der fructuarius wegfallen sollte, braucht uns nicht aufzuhalten; sie ist hinlänglich beleuchtet und widerlegt in **Io. Stekii* vindic. leg. anticrit. cap. 7. (in *Otto.* thes. Tom. I. pag. 515.) und mit neuen Gründen in *Iac. Gothofred. animadvers. jur. civ. cap. 7. (in *Otto* Tom. III. S. 282.) vergl. auch **Westphal* de libertat. et servit. praed. pag. 682. f.

**) Die ältern (nicht die neuern) glossirten Ausgaben (z. B. die prächtige Venetianische ap. Bapt. de Tortis 1488., in deren Besitz sich die Jenaisch. Universitätsbibliothek befindet, und von der ich mir für künftig eine genauere Nachricht vorbehalte) lesen: habeat.

Das

jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant *).

Der Fall dieses Gesetzes ist offenbar folgender: Es klagt einer, als ob er Eigenthümer eines liegenden Guts sey, gegen den Nutznießer oder denjenigen, der als solcher angesehen

Das ist diesmal in der Göttinger Ausgabe bemerkt worden. Sonst ist die noch durch Brencmann gemachte Vergleichung der glossirten Ausgaben oder der sogenannten Vulgatae nichts weniger als genau, und es wäre wohl der Mühe werth, nach den von Hrn. Prof. Thibaut über das Verhältniß der glossirten Ausgaben (Versuche Th. I. Abh. 14.) gegebenen Winken, die sich aber bey genauerem Eindringen noch berichtigen und vermehren ließen, eine neue Vergleichung zu versuchen.

*) Hier liest die gedachte Venetianische: habet, die Haloandrische: habeat, und eben so die Sennetonische von 1550 mit dem Zeichen des Salamanders. Hr. Thibaut scheint diese Ausgabe nicht vor sich gehabt zu haben. Denn soviel ich verglichen habe, ist ihr Text kein alter glossirter, sondern fast ganz, selbst die Randvarianten mit eingeschlossen, aus der Haloandrischen entlehnt. — Uebrigens ändern jene angeführten Varianten zwar den Sinn des Gesetzes; allein auf das hier aus demselben abzuleitende Resultat dürften sie wohl so wenig Einfluß haben, als die Vergleichung mit den Basilicis, in denen ein Auszug dieser Stelle (Lib. 16. tit. 6. lex. 5. princ. — in edit. Fabrott. pag. 208. sq.) zu finden ist.

gesehen wird *); natürlich, wie aus den unmittelbar vorhergehenden Worten sich ergiebt, und auch die Glosse hier ausdrücklich bemerkt, mit der negativa, oder (wie die ältere Venetianische, Haloandrische und Sennetarische liest) negatoria **).

Am Ende des Processes, also nach versuchten Beweisen, findet sich, daß der Kläger nicht proprietarius sey. Das kann doch nichts anders heißen, als daß er dies nicht bewiesen habe. Nun besitzt der angebliche fructuarius das Gut, hat zwar auch sein Recht des Nießbrauchs nicht bewiesen, siegt aber doch wegen des Besitzes gegen den Kläger, der theils nicht besitzt, theils nicht Eigenthümer ist. Er siegt bloß, weil im Zweifelsfall die Besitzer potiores sind, nemlich durch die bekannte Rechtsvermuthung für den Besitzer. Diese Präsumtion setzt hiebey, wie jede andre ***), das Daseyn eines an sich möglichen

*) Nach der Glosse bemerkte schon Joannes hiebey: quondam vel qui putatur.

**) Doch hat die Haloandrische und Sennetorische am Rande: alias negativa.

***) vergl. meine Inst. §. 307. ff.

lichen Rechts voraus. Das doppelte habet, (oder das einzelne habet, wenn auch das zweyte: habeant zu lesen ist) kann deswegen nichts mehr seyn, als: sein Recht ist nicht durch Beweis klar. Bey der Betrachtung dieses Falls folgt aber nun im Gegentheil, daß

1) gegen denjenigen, der sich als proprietarium erweist, die bloße Vermuthung für den Besitz nichts helfe. Hilft nun diese Vermuthung dem Nießbraucher gegen den Eigenthümer nicht; so muß er bey einem bloßen Besitz dennoch wohl gegen denjenigen, der bloß sein Eigenthum dargethan hat, den Beweis seiner Befugniß übernehmen.

2) Daß, wenn auf der andern Seite der Kläger besitzt, für diesen die Vermuthung aus dem Besitze gelte. Nun aber läßt sich beym Nießbrauch noch allenfalls ein Besitz der ganzen körperlichen Sache durch den Nutznießer denken; bey andern, besonders dinglichen, Dienstbarkeiten dies nicht einmal; denn da besitzt die ganze Sache derjenige, der die Dienstbarkeit fodert, (wenigstens als solcher) nie. Demungeachtet hilft denn doch jene Ver-

mu-

muthung, der klärsten Folge aus jenem Gesetze gemäß, dem Nutznießer nur gegen den nicht besitzenden, Nichteigenthümer; also weder wenn der Nichteigenthümer besitzt, noch wenn der Nichtbesitzer sich als Eigenthümer legitimirt. Bey andern Servituten ist aber sogar immer ein anderer im Besitz der Sache; und also muß bey diesem in noch höherem Grade gelten, was beym Nießbrauch gilt.

Eben so sieht es nun auch die Glosse bey diesem Gesetz an, und diese Stelle in derselben ist eigentlich der eigentliche (aber von allen übersehene) Hauptort in der neuen Geschichte dieser Lehre. Sein Zusammenhang wird das ohne allen Widerspruch erwiesen:

Potiores. id est: petitore non implente suam intentionem, etiamsi usufructuarius, qui est in possessione, nihil probet

ut. C. de eden. l. qui accusare
C. de rei ven. l. res alienas
I. de interdic. §. commodum.

Ceterum, si is qui intendit negatoriam, probet se dominum, denegabitur facultas fruendi fructuario, nisi de suo jure probet, quia praesumitur res libera nisi contra probetur

ut C. de servitut. l. altius
C. de pign. act. L. nec creditores
§. ut autem.
Si autem non possidet fructuarius semper i. sive adversarius prubet se dominum, sive non, imponitur ei necessitas probandi.

Man wird ohne Bedenken eingestehen, daß diese Stelle die Hauptbestimmung, hingegen ad L. 8. §. 3. si serv. vind., die immer allein citirt wird, nur eine Nebenrücksicht enthält.

Meine Leser mögen nun nach dieser Auseinandersetzung entscheiden, ob ich mich in der Revisionsinstanz der Rechtswohlthat, etwas neues beyzubringen, zur Ungebühr bedient habe, oder ob ich ein günstiges Urtheil erhalten soll.

6.

Prüfung der abweichenden Meynung.

Vor allen andern muß man auf den Grund der Meynung, welcher dem Kläger den Beweis gegen den besitzenden Beklagten aufbürden will, aufmerksam seyn. Die ganze Controvers entsteht bloß dadurch, daß zwey Rechtsvermuthungen collidiren, das ist, wie

aus dem obigen hinlänglich erhellet, die Vermuthung für die natürliche Freyheit des Guts und die Vermuthung für den Besitz. Es möchte nun wohl durch die bisherige Beleuchtung schon ziemlich deutlich geworden seyn, was von dem Präcedenzstreit dieser beiden Präsumtionen zu halten sey. Indessen wollen wir doch die Gegner mit allen ihren Gründen anhören.

Sie gehen dabey 1) von der allgemeinen Rechtsregel aus, nach welcher der Kläger beweisen müsse *); wovon in keinem zweifelhaften Falle abzuweichen sey. Auch könne dabey nicht im Wege stehen, weder daß der Kläger verneine, indem ja auch zuweilen verneinende Sätze, z. B. daß ein anderer nicht zahlungsfähig sey, bewiesen werden könnten, noch daß der Beklagte eine Einrede vorschütze; denn das thue er oft beym Besitz, und hier überhebe eben die Vermuthung für den Besitz ihn des Beweises.

Wir wollen uns mit der Prüfung und genauen Bestimmung dieser allgemeinen, ohnehin

*) *§. 4. I. de legat. in fin. et al.

hin als solche gewiß geltenden, Regel nicht weitläuftig aufhalten. Denn es ist entschieden und mag unbedenklich zugestanden werden, daß es hier allein auf eine Ausnahme von der Regel ankömmt. Auch die Möglichkeiten, wie die Regel gegen Bedenklichkeiten der Anwendung im jetzigen Fall gestützt werden könne, mögen immer dahingestellt bleiben; sie beweisen nichts, sondern bereiten bloß die Untersuchung und den Erweis vor. Nur das von der Vermuthung für den Besitz hergenommene unterstützende Argument ist eine petitio principii und läßt sich schon aus dem vorigen beurtheilen.

Die Gegner schreiten von diesem vorbereitenden Grunde zu andern fort, die mehr mit der Sache zusammenhängen.

Sie machen es 2) geltend, daß im angenommenen Falle der Besitz der Servitut gewiß, das dagegen behauptete Recht ungewiß sey, und daß das ungewisse immer bewiesen werden müsse.

Allein anderer aus dem bisher erinnerten sich ergebenden Betrachtungen nicht zu gedenken, so

so muß man freylich den gewissen Thatsachen bey der Entscheidung einer Sache folgen. Nur ist dabey die Voraussetzung nicht zu übersehen, daß dies nur gelte, wenn die gewissen Thatsachen auch den Grund des zu entscheidenden Rechts enthalten, also nicht wenn sie von keinem Einfluß auf das Recht (impertinent) oder von keiner Erheblichkeit bey der Beurtheilung desselben (irrelevant) sind. Dies ist aber eben hier der Fall. Der Besitz kann, wie ausgeführt worden, nie Grund dieses Rechts seyn, und es ist wirklich ein anderer Grund der Freyheit in dem durch den Kläger bey der Negatorienklage, wie vorausgesetzt werden muß, bescheinigten Eigenthum vorhanden.

Man stützt sich 3) darauf, daß ein Hauptvortheil des Besitzes, eben in der Befreyung vom Beweise bestehe *). Ob nun gleich dies die

*) *arg. *L. 2. D. uti possidetis. arg. *L. 2. et 15. C. de probat. arg. *L. fin. C. de rei vindic. *Baldus* in L. fin. qu. 6. C. de edict. divi Hadriani tollend. et in L. 2. n. 74. C. de servitut. et aqua. *Io Guitieretz* pract. quaest. L. III. qu. 19. n. 2. sqq. *Ferd. Vasq.* L. II. illustr. controv. c. 86. n. 5. *Coras.* in paraphras. L. 12. §. 1. in praelud. n. 7. D. de

die gewöhnlich angeführten Gesetze (manche sonst noch dabey genannte, die aber im Grunde gar nichts behufiges enthalten, bin ich übergangen) nicht einmal im allgemeinen sagen, weil sie von einzelnen Fällen und besondern Rechten sprechen; so soll die Allgemeinheit des Rechtssatzes nicht einmal bezweifelt werden. Es giebt aber Ausnahmen, wie schon oben durch Gesetze *) gezeugt ist; und daher bleibt immer die Frage wieder, ob eine solche Ausnahme hier statt habe.

Von diesen Folgerungen aus allgemeinern Sätzen kommt man nun auf bestimmte Gesetze, die diese Fragen wenigstens mittelbar entscheiden sollen.

Dahin gehören 4) einige, die überhaupt oder in Beziehung auf Servituten sagen: Der Gegner des Besitzers sey verbunden, ut petitoris

D. de acquir. poss. *Iac. Menoch.* de arbitr. jud. quaest. L. II. cas. 48. n. 12. et Remed. 4. adipisc. possess. n. 794. *Tiraquell.* intr. de jure primigenit. qu. 17. opin. 11. n. 20. opin. 12. in fin. *Surd.* cons. 12. n. 1. *Gloss.* et D. ad L. 1. §. 1. D. de itin. et actu privato. So schließt auch **Wernher* obss. for. P. I. obs. 339.; er hat aber später in den oben S. 27. angeführten Stellen eine andre Meynung angenommen.

*) S. die S. 47. angeführten.

toris partes sustineat; und das heiße denn soviel, als: er müsse beweisen. Man *) gründet sich in dieser Hinsicht vorzüglich auf *L. 8. § 3. D. si servitus vindicetur: Sed si quaeritur **), quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa ***), eum, qui negat. Allein mit diesem Gesetz wird nicht viel auszurichten seyn. Es ist nicht bloß an sich, sondern selbst im Zusammenhange mit dem vorigen und nachfolgenden ziemlich undeutlich. Ohnehin ist in dem principio legis von einer negatoria, in § 1. von

*) * *Lauterbach* coll. theor. pract. L. VIII. tit. 5. §. 11. Ejusd. concl. fori. exerc. 18. th. 9. *Pagenstecher* sicilim. ad Comp. Lauterbach. man. 4. pag. 93. *Wilh. Lyser* diss. cit. *Cocceji* hypomnem. jur. feud. tit. 2. §. 9.

**) Auch hier liest die gedachte Venetianische und Sennetonische glossirte: quaeratur, welches beydes in der Göttinger Ausgabe nicht bemerkt, sondern bloß, daß die Halloandrische so lese, angegeben ist: Vergl. oben S. 54.

***) Venet. und Senneton. immissa non sint (in der Göttinger nicht angeführt). Hier liest die Haloandrische mit der Florentinischen.

von einer confessoria, in §. 2. vielleicht nur von zwey confessoriis die Rede. Wenn aber auch im letzten von einer negatoria, so bleibt es doch immer zweifelhaft, ob sich der eigentlich hier als bedeutend angeführte §. 3. auf eine oder auf beide, oder noch auf etwas sonst bezieht? oder ob er wohl, wie Mascard thun soll, bloß auf die servitutem tigni immittendi einzuschränken sey *)?

Mag es indessen genommen werden, wie es wolle; so heißt es ja: petitoris partes sustinere, nicht probantis. Von dem letzten steht nichts im Gesetz und das ist doch eben die Frage **). Diese Schwäche fühlen denn auch die Gegner und rufen deshalb ein anderes Gesetz zu ihrer Hülfe, nemlich *L 15. D. de operis novi nunciatione. Man muß aber dies Gesetz gleich im Zusammenhange hören:

*) Auch in den Basilicis, die Lib. 58. tit. 5. leg. 8. pr. (Ed. Fabrott. Tom. VI. S. 772.) einen Auszug dieses Gesetzes enthalten, findet sich gar nichts erläuterndes.

**) * *Thomasii* diss. de onere probandi in act. negat. §. 28. Nicht onus probandi, sondern necessitas agendi sey hier bestimmt, sagt *Titius ad Lauterbach obs. 256. cit.

hören: Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur; partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente, similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nunciaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punitur, ut (de) jure suo probare necesse haberet: id enim esse, petitoris partes sustinere.

Was nun aus diesem Gesetz den Gegnern recht erwünscht und brauchbar erscheint, sind die letzten Worte: ut jure suo (oder wie die Vulgata und Haloandrina nach Brencmann liest: de jure suo) probare necesse haberet — id esse (oder nach der Hal. est) petitoris partes sustinere. — Daraus schließen sie, daß petitoris partes sustinere im allgemeinen

und also auch in der oben angeführten Stelle der legis 8. D si servit. vindicetur die Bedeutung habe: den Beweis übernehmen müssen.

Hat aber diese Behauptung wohl Rechtsgelehrten entwischen können, die es sehr wohl wissen, daß selbst nach dem ältern römischen Recht der Kläger zwar in der Regel, aber doch nicht immer und ohne Ausnahme, beweist; daß man also wohl in mehreren Fällen jemanden die Verpflichtung, zu klagen, Kläger (petitor) zu seyn, zuschreiben könne, und daß damit doch noch nicht demselben die Verpflichtung zum Beweise nothwendig zugeschrieben werde? Ist dieses aber der Fall; so ist ja eben eine solche Behauptung, wie die aus Africanus in der L. 15. ausgeschriebene, immer auf particulaire Umstände zu beziehen. Und da ist denn noch eine sehr schwierige Frage, ob in der L. 15. D. de O. N. N. von einer negatorischen Klage die Rede ist. Hert *) meynt, es sey eigentlich von einer doppelten confessorischen Klage die Rede; in dem ersten Fall von einer zum Schutz einer servitutis altius non

tollen-

*) in der S. 14. citirten diss. §. 2.

tollendi, in dem andern zur Vertheidigung einer servitutis altius tollendi *). Allein gesetzt auch, im letzten Fall würde dies jus altius tollendi aus der natürlichen Freyheit abgeleitet und also als der Gegenstand einer negatoriae angesehen, wie doch nicht ganz zu verwerfen; so steht ja denn auch in Ansehung des letzten Falls nichts von einer Anstellung der Klage **), und sonach wäre wieder das petitoris partes sustinere mit seiner für diesen Fall gegebenen Erklärung auf die zuletzt gedachten Verhältnisse, wo eine negatorische Klage allenfalls möglich wäre, deren hier aber gar nicht gedacht ist, nicht auszudehnen. Im ersten Fall, wo wohl niemand daran, daß es auf eine confessorische Klage ankomme, zweifeln wird, beweist freylich immer und außer allem Streit der Kläger.

Sollte aber dennoch hiebey auch nur der geringste Zweifel, wiewohl meiner Ueberzeugung nach ohne allen Grund, übrig bleiben; so ist ja doch in dem Gesetz ganz unwidersprech-

 lich

*) Hert's übrige Bemerkungen möchten weniger die Prüfung aushalten.

**) vergl. **Thomasii* diss. cit. §. 29.

lich nur von dem Fall, da der Beklagte ungehorsam ist (reo non defendente), die Rede, und also enthält jede Bestimmung in demselben eine Strafe jenes Ungehorsams *). Es giebt daher auch in dieser Rücksicht keine generelle Regel **) und man würde ganz ohne Grund handeln, wenn man hieraus allein schließen wollte: weil in dem hier genannten Fall der besitzende Beklagte beweise, so müsse in andern der Kläger die Beweislast tragen***); denn da würde ja dasselbe gegen den nicht besitzenden Beklagten folgen, also dies zu viel beweisen. Und so ist durch diese L. 15. für die vorher genannte L. 8. §. 3. kein weiterer Schluß und kein neues Licht mit Sicherheit abzuleiten. Ueberdies ist es ja bey der L. 8. §. 3. noch lange nicht ausgemacht, ob petitor und possessor gerade Kläger und Beklagter in dem petitorischen Proceß, und nicht vielmehr petitor den Kläger im petitorischen Proceß, also bey der confessorischen oder negatori-

*) Von solcher poena contumaciae versteht es auch allein *Thomasius l. c. §. 29.

**) *Thomas. §. 28.

***) obgleich mehrere, z. B. *Alciat. de praesumt. reg. 2. praes. 1. num. 2. so wirklich schließen.

torischen Kluge, und possessor denjenigen, der ein Interdict für sich gebrauche, Kläger im possessorischen Proceß seyn kann, anzeige *).

Nächst diesen Gesetzen berufen die Gegner sich 5) auf eine Reihe andrer Gesetze, nach denen bey der Sklaverey der Sklave gegen den Herrn, der in seinem Besitz ist, den Beweis der Freyheit führen muß **), und setzen nun, um die Kraft dieser Gesetze noch zu erhöhen, hinzu: Was gegen Menschenfreyheit gelte, müsse doch wohl noch eher gegen Sachenfreyheit gelten.

Diese Argumentation hat, verbunden mit einigen andern Gesetzen ***), auf Augustin von Leyser ****) einen solchen Eindruck gemacht, daß er oberwähntermaßen *****) den von der Präsumtion für die Freyheit herge-

*) vergl. * *Hert.* l. c. §. 2.

**) * L. 7. §. ult. D. de liberali causa. * L. 14. D. de probationib. Gewissermaßen enthält etwas ähnliches vom Sohne, der die väterliche Gewalt leugnet, *L. 8. D. de probat.

***) * L. 20. C. de probat. und *L. 4. C. si servus exportand. Beide unterstützen aber nur sehr entfernt.

****) loc. cit.

*****) S. oben S. 37.

nommenen Grund gar nicht gelten lassen, sondern auch hier nur alles darauf setzen will, daß derjenige, welcher Sachenfreyheit behaupte, nichts bejahe; der aber, welcher Personenfreyheit für sich anführe, eigentlich sage: er sey von freyen Eltern gebohren. Er beruft sich wegen einer ähnlichen Bestimmung auf *L. 16. Cod. de probationibus, nach welchen der Besitzer einer angeblich geschenkten Sache gegen den, der dies ableugnet, beweisen müßte. Allein es steht nicht in diesem Gesetz, daß dies bloß des Leugnens wegen geschehe. Wenigstens ist doch nicht zu verkennen, daß der Besitzer, der sich auf die Thatsache der Schenkung gründet, doch auch die gegen jede Schenkung streitende Vermuthung gegen sich habe.

Im allgemeinen ist Leyser hier offenbar nicht tief genug in die Sache eingedrungen. Mehrere andre Rechtsgelehrte *) haben mit Recht darauf

*) Diese Erläuterung findet sich schon bey *Bartolus ad L. si prius D. de op. n. nunc. n. 17. 18. (der sie selbst aus Dynus entlehnt, und nur mehr erläutert) *Pacian. de probat. L. II. cap. 20. §. 10; dieser führt zugleich an Gloss. ad c. l. circa D. de probat. *Cin.* L. si aquam. num. 4. C. de servitut. et aqua. *Alber* in d. l. circa et ibi *Salicet.* et *Florian.* *Salicet.* L. si moveor C. si servus export. veneat. Es geben sie ferner

auf die Aufmerksamkeit hingelenkt, daß bey den Römern keine solche Präsumtion für die Menschenfreyheit als für die Sachenfreyheit statt gehabt habe. Bey den Sachen habe, wie schon oben gedacht, das Eigenthum die Vermuthung der natürlichen Freyheit in sich geschlossen; auch hätte man vorausgesetzt, daß Sachen ursprünglich frey seyn, welches bey Menschen nach den römischen Grundsätzen sehr häufig nicht der Fall war.

Doch wollen einige diese Erläuterung aus der Rücksicht nicht ganz gelten lassen, weil eine Servitut auch einem künftigen Gut auferlegt werden könne *) und sie dann mit dem Gut zugleich entstehe, ihm gleichsam angebohren (quasi connata) sey, wo dann gerade der-

ferner *Berger in oec. jur. L. II. tit. 2. th. 22. n. 8. *Idem in resolut. leg. obst. L. VIII. tit. 5. pag. 147. *Menken ad Struv. jurispr. for. L. II. tit. 8. §. 5. not. b. *Schaumburg in annot. ad. Struv. jurisprud. rom. germ. L. II. tit. 6. aph. 5. *Pufendorf in obss. jur. univ. Tom. I. obs. 93. *Cramer in obss. jur. univ. Tom. IV. obs. 1161. Seltsam ist, daß bey dieser Bemerkung fast kein Schriftsteller seine Vorgänger und niemand den Bartolus oder Pacianus anführt. cf. *Thomasii diss. cit. §. 20. 31. *Hert. loc. cit. S. II. §. 1. sq.

*) *L. 10. D. de servitutib. praed. rust.

derselbe Fall, wie mit der angebornen Menschenfreyheit, eintrete *). Allein diese zuletzt genannte Aehnlichkeit ist nur täuschend, und das ganze Argument schließt darum nicht, weil jede Dienstbarkeit immer eine fremde Sache, also insofern das einzuschränkende Recht eines andern voraussetzt, da hingegen die Menschenknechtschaft immer eine eigenthümliche Sache (rem propriam) zum Gegenstande hat **).

Man beruft sich auch wohl 6) auf *L. 25. (fin) C. de solutionibus: Solutionem asseveranti probationis onus incumbit: quo facto chirographum condicere potest. Es ist aber kaum zu begreifen, wie diese lex schlüssig seyn soll. Höchstens wäre zu bemerken, das eigentlich nicht libertas, sondern liberatio, und zwar dies gegen den Besitzer der Handschrift, immer also gar keine Vermuthung,

*) So *Alciat. de praesumt. l. c. und *Fachinaeus* l. c.

**) **Hert.* diss. cit. de quasi possidente probante §. 2. in fin. **Pacian* de probat. L. II. c. 20. ab init. et §. 12. 14. sqq. **Thomasius* l. cit. §. 32. Hommels (*rhaps. quaest. obs. 717.) bey diesen Gesetzen geltend gemachte Gründe aus der Natur des römischen und des neuern Processes über den Besitz scheinen mir nicht sehr bedeutend.

thung, sondern eine Thatsache, die gegen eine Vermuthung gelten soll, als zu beweisen vorgeschrieben werde.

Man bringt endlich 7) eine Proceßformel in Anschlag. Wenn nemlich der Besitzer nach dem possessorischen Verfahren im Besitz geschützt wird; so erkennt man: er sey so lange im Besitz zu schützen, bis der Gegner in petitorio etwas anders würde ausgeführt; das heiße ja soviel, sagt man, als bewiesen, haben.

Allein ausführen heißt gar nicht eben beweisen, oder durch Thatsachen darthun; sondern auch wohl bloß zeigen, ableiten (deducere), und um dies zu thun, klagen. Dieses muß der Eigenthümer eines Guts, an dem ein andrer eine Dienstbarkeit sich anmaßt. Durch die Klage muß er zur Untersuchung Veranlassung geben, und bey dieser Gelegenheit sein Recht auseinandersetzen und auf diese Art ausführen. Man kann dabey auch nicht das entgegensetzen, daß der Beklagte, der in possessorio seinen Besitz dargethan hat, mit einem doppelten Beweise beschwert werde; denn im possessorischen Proceß bewies er bloß den Besitz, und nun nachher im petitorischen das

Recht *). Ohnehin ist ja auch die ganze oben genannte Formel eine Erfindung neuerer Zeiten, deren Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit immer erst noch zu prüfen wäre.

Daß man zuletzt bey diesem Satz überhaupt sagt, die Vermuthung für den Besitz sey stärker, als die für die Freyheit der Sache **), auch wohl dies dadurch unterstützt, weil jene speciell sey ***); werde ich wohl nicht nöthig haben, zu beleuchten. Das ist es ja eben, was bewiesen werden soll; eine solche Behauptung ist daher petitio principii ****); und daß die Vermuthung für den Besitz nicht specieller als die für die Freyheit, ja daß die letzte als eine Rechtsvermuthung eigentlich gar nicht anzusehen ist, wird wohl aus dem vorigen klar geworden seyn *****).

Dagegen wird es nicht überflüßig seyn, ein paar besondrer Meynungen zu gedenken.

Alciati

*) * *Stryck* uſ. modern. L. VIII. tit. 5. §. 2. *Thomaſii* diſſ. cit. §. 33. **Wernher* obſſ. for. P. IV. obſ. 3. num. 135.

**) * Cocceji jus civ. contr. l. c. ad object. 1.

***) * Malblanc loc. cit.

****) cf. * *Cramer* loc. cit. *Crelliana faſc. IV. pag. 585.

*****) S. oben S. 52.

Alciati *) unterscheidet die quasi possessionem, quae acquiritur ex interpellatione, z. E. daß der andre sein Haus nicht höher bauen dürfe; und die quasi possessionem rei et servitutis, z. B. von Fenstern, Löchern in des andern Mauer ꝛc. Bey jener, glaubt er, befreye der Besitz nicht, als wenn sie possessio longi temporis, also verjährt sey; wohl aber befreye der Besitz bey letzter. Nach allem oben ausgeführten scheint mir diese Unterscheidung ohne Gewicht. — Auf eine etwas ähnliche Weise unterscheidet Ludolf **) zwischen possessionem simplicem und possessionem vel temporis sufficientis cursu vel titulo munitam. Jene befreye nicht vom Beweise, wohl aber diese. Ohne alle Erinnerung wird wohl jeder sehen, daß im letzten Fall die Erwerbung der Dienstbarkeit erwiesen, also der streitige Beweis geführt seyn muß, und daß allenfalls darauf die bekannte Streitfrage wegen der Erfordernisse der Servitutenverjährung einigen Einfluß hat, der aber das uns hier zunächst angehende gar nicht ändert.

7. Drit-

*) * de praesumt. reg. 2. praes. 1. num. 2. cit. Ihm stimmt bey *Pacian. de probat. L. II. cap. 20. n. 20.

**) * obs. 297. n. 15.

7.

Dritter Zusatz.

Der Beklagte beweist auch alsdann, wenn der Kläger in der Klage selbst anführt, daß der Beklagter besitze oder die Servitut ausübe, aber unrechtmäßig.

Zuweilen sagt der Kläger in der Klagschrift: der Beklagte habe die Servitut bisher de facto, oder, was gleichbedeutend ist, unrechtmäßig, widerrechtlich (sine jure, injuste) ausgeübt. Da wollen denn mehrere, der Kläger müsse beweisen: denn obgleich unter andern Carpzov, den man für diese Meynung anführt, dies vielleicht nicht ganz unstreitig sagt, wovon nachher; so werden doch noch andre *), welche es behaupten sollen, unter andern von Thomasius **) genannt.

Allein die Gründe für die Richtigkeit jener Behauptung sind leicht aufzufinden und zu

*) *Adrian. Beyer* ad Georg. Schulz synopsin Instit. ad tit. de action. p. 1210. *Noric.* in addit. ad Vinnii notas ad Instit. §. 2. de action.

**) * diss. cit. §. 22. in f.

zu übersehen. Nemlich wenn das vorher ausgeführte wahr ist, daß der Besitzer nicht von dem Beweise der Servitut befreyt sey, weil ohnehin bey der negatorischen Klage Besitz, aber ein unrechtmäßiger, widerrechtlicher, vorausgesetzt werde *); so kann sich hieran nichts ändern, wenn der Kläger dasselbe nun auch ausdrücklich sagt. Er sagt ja eben nach dem obigen doch nichts neues und besonderes, was nicht stillschweigend schon in jeder negatorischen Klage enthalten wäre. Sobald also der Beklagte überhaupt zu beweisen hat; so muß er auch alsdann beweisen, oder die allgemeine Regel würde eigentlich nie Anwendung finden **).

8.

Prüfung der entgegenstehenden Meynung.

Die Meynung, daß der Kläger beweisen müsse, wenn er in der Klage angebe, der Beklagte

*) S. oben S. 43.

**) Zum Theil sagen dies die oben S. 43 und 44. angeführten *Brunnemann, *Martini und *Böhmer.

klagte sey im Besitz, aber sein Besitz sey unrechtmäßig, wird vorzüglich dadurch unterstützt, daß in solchem Fall der Besitz oder die Ausübung der Servitut eingestanden, nun aber bey eintretendem Zweifel kein fehlerhafter, ungerechter Besitz, sondern daß jedermann rechtmäßig handle, vorausgesetzt werde *). Darum habe der Beklagte die Vermuthung für sich, daß er kein Vergehen begangen habe; denn dies müsse bewiesen werden **). Gegen diesen besondern Grund bemerkt Thomasius ***):

a) es sey wahr, daß Vergehen nicht präsumirt würden; darum aber dürften sie die Denuncianten noch eben nicht beweisen; sondern selbst im Untersuchungsproceß müßte oft der Beklagte gegen specielle Vermuthungen, die ihm entgegenstünden, oder Anzeigen, den Gegenbeweis für seine Unschuld durch eine Defension führen.

b) Wolle

*) arg. L. 51. D. pro socio. L. 2. C. de probat. §. 4. I. de interd. **Ant. Faber* Cod. L. III. tit. 24. def. 8. not. 6. *Joh. Ludw. Schmid Abh. versch. Rechtswahrh. Th. I. Abh. 76. §. 1.

**) *L. 18. §. 1. D. de probat.

***) *diss. cit. §. 23.

b) Wolle man gegen diesen Grund sagen, daß hier nicht eine Untersuchung aus dem Criminalrecht sey; so gelte das eben gegen diejenigen, die die L. 51. D. pro socio vom Diebstahl hier anwenden wollten. Und um nun das Argument umzukehren, so sey eben dadurch, daß man von jemanden sage: er thue etwas unrechtmäßig, noch nicht gesagt, daß er ein Vergehen begehe, sondern nur daß er ohne Fug und Recht (sine jure) verfahre.

c) Wenn Präsumtion gegen Präsumtion streite; so gehe die stärkere der schwächern vor, und hier enthalte die Vermuthung für die Freyheit eines Guts zugleich die Vermuthung für die Widerrechtlichkeit der Dienstbarkeit und müsse also den Vermuthung für die Rechtlichkeit des Besitzers vorgehen.

d) Ueberhaupt sey die Vermuthung für die Rechtlichkeit und Güte eines Menschen sehr allgemein und schwankend, und nicht immer geradezu geltend zu machen, und zwar um so weniger, wenn sie gegen ein be-

behauptetes Recht eines andern in Anschlag gebracht werden soll *).

e) Im possessorio käme es auf die Qualität des Besitzes an, und in diesem müßte sie, wie sie behauptet würde, bewiesen werden, aber nicht in petitorio. Die hiebey geschehene Vermischung wäre eine Folge der falschen **) Behauptung, daß die negatorische Klage zugleich ein possessorisches und petitorisches Rechtsmittel sey ***).

9.

Vierter Zusatz.

Der Beklagte beweist auch, wenn der Kläger in der Klage sagt: der Beklagte übe die Servitut aus, aber vi, clam oder precario.

Brunnemann's, Martini's und Böhmers oben ****) angeführte Gründe passen auch hieher.

*) *Ludovici* diss. de praesumtione bonitatis §. 35. *Besold* cons. 230. num. 8.

**) * *Böhmer* de action. Sect. II. cap. 2. §. 43. S. 97.

***) *Thomasii diss. cit. §. 24.

****) S. 43. ff.

hieher. Nun will zwar gegen diese Johann Ludwig Schmidt *) geltend machen, daß, wenn auch in der Klagschrift zwar ein fehlerhafter Besitz vorausgesetzt würde, dieses doch noch nicht der bestimmte fehlerhafte wäre. Allein das ist wieder eine sehr unzulängliche Argumentation. Theils begreift ja die Gattung die Arten mit; die Gattung ist ja nicht als Gattung, sondern in irgend einer bestimmten Art nur als wirklich zu denken; theils ist ja immer das Factum der Ausübung auf eine bestimmte unrechtmäßige Art nicht der Grund des dem Kläger zustehenden Rechts, und also auch nicht der Klagegrund, sondern dieser bleibt allezeit die natürliche Freyheit als Folge des Eigenthums; und nur der Klagegrund ist zu beweisen.

Es können auch zur Unterstützung dieser Betrachtungen mit den bisherigen noch andre Gründe, die nicht ohne Bedeutung sind, verbunden werden. So bemerkt Menken **): Wer Gewaltthätigkeit bewiese, bewiese ja nicht einmal nothwendigerweise zugleich auch die Unrecht-

*) an dem S. 23. angeführten Ort.

**) *ad Struv. jurisprud. for. L. II. tit. 6. §. 5. not. e.

rechtmäßigkeit; denn man könne ja auch Gewalt zur Vertheidigung des Rechts gebrauchen. Also könne die Gewaltthätigkeit auch unter diesem Gesichtspunkt immer dahingestellt bleiben; die Hauptsache sey immer aus einem andern Gesichtspunkte zu erledigen. — Menkens andre Behauptung, daß clandestinitas sich gar nicht erweisen lasse, ist offenbar weniger allgemein stichhaltig.

10.

Prüfung der abweichenden Meynung.

a) überhaupt

Die dem eben entwickelten entgegengesetzte Meynung behaupten mehrere Rechtsgelehrte, welche auch sonst die Beweislast bey dem bloß im allgemeinen als unrechtmäßig behaupteten Besitze nicht abändern wollen *). Man macht hier wieder den Grund geltend, daß diese Thatsachen ein Vergehen enthielten, und nicht präsumirt werden **).

Als

*) z. B. Schmidt l. cit. §. 3.

**) * *Hahn* ad Wesenbec. L. VIII. tit. 5. num. 1. in fin.

Als Hauptanführer der dieser Meynung ergebnen Gelehrten wird Benedict Carpzov genannt, und doch ist es noch eine Frage: ob er selbst über seine Meynung recht im klaren war. Es wäre nemlich doch ganz etwas anders, wenn der Kläger sagte: der Beklagte habe eine Servitut erworben, aber die Erwerbung sey auf eine unerlaubte Art (vi s. clam und also dolose) geschehen. Hier wäre offenbar nicht vom Besitz allein, sondern von der Erwerbung des Rechts die Rede. In der Hauptstelle Carpzovs, die man anführt *), spricht er wohl eigentlich von diesem Fall, und nicht bloß von der Behauptung des unrechtmäßigen Besitzes. Denn wenn auch einige seiner Worte diesem entgegen stehen; so ergiebt es sich doch wirklich aus dem ganzen und dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden 67sten Responso. Der erste Grund scheint allenfalls dagegen, der zweyte ist unbestimmt, der dritte und vierte aber sprechen offenbar von Erwerbung der Servitut; und eben so die Widerlegung der Zweifel **). Andre Stellen seiner

 Worte

*) Resp. L. I. resp. 68.

**) l. c. n. 13. sqq.

Werke *) bewähren dies. Selbst die von ihm genannte Formel der Klage setzt dies eigentlich voraus: „Es habe sich Beklagter eine Servitut auf Klägers Acker angemaßet, so er wider Recht und Ungebühr d a r a u f g e b r a c h t **).“ Indessen vermischt er selbst beyde Fälle und nimmt an andern Orten eins für das andre ***); und insofern er sich auf Fabers oben citirte Stelle beruft, scheint er mit diesem, der dies nicht so strenge nimmt, übereinzustimmen.

Da übrigens, wenn man nicht auf Erwerbung des Rechts, die durch Gewalt, oder mit Heimlichkeit ꝛc. geschah und dadurch den Schein ihrer Gültigkeit verliert, sondern auf die mit Gewalt, Heimlichkeit, oder aus Vergünstigung geschehene Ausübung selbst sieht, sich alles durch das vorher schon vorgetragene erledigt; so will ich mich nicht weiter dabey aufhalten.

II.

*) z. B. *Carpzov proc. tit. 13. art. 1. num. 30. sqq.

**) Diesen Fall drückt auch ganz rein aus **Ge. Beyer* delin. jur. civ. ad Pand. L. VIII. tit. 5. pos. 2. in fin.

***) S. z. B. seine def. forens. P. II. const. 41. def. 18. n. 6 — 8.

II.

b) besonders daß der Kläger beweisen solle, wenn er sage: der Beklagte besitze precario.

Daß immer noch mehrere Rechtsgelehrte, welche in allen andern Fällen, und vorzüglich wenn der Kläger den gewaltsamen oder heimlichen Besitz des Beklagten eingestehe, dem Beklagten die Beweislast nicht nehmen lassen, doch dann, wenn er einen precären Besitz angebe, das entgegengesetzte behaupten; ist schon oben erwähnt worden *). Aber auch dies wird meines Erachtens hinlänglich durch die aus Brunnemann **) oben ***) angeführten Grunde widerlegt. Daß jemand dem andern Handlungen, welche sonst Gegenstand des Rechts einer Servitut seyn könnten, nach Willkühr erlauben dürfe und könne, versteht sich von selbst; selbst wenn er es ihm als Recht, aber als widerrufliches Recht, erlaubt hätte, ändert dies gar nichts. Denn eben das folgt dabey immer noch nicht, welches die Haupt-

 sache

*) S. 24.

**) *proc. civ. cap. 18. n. 4.

***) S. 43. ff.

sache seyn müßte, nemlich daß es gerade Recht der Servitut sey. Vielleicht würde allenfalls das eine Aenderung machen, wenn der Kläger ausdrücklich sagte: Beklagter habe das Recht der Servitut erworben, allein nur unter der Bedingung der Widerruflichkeit. In diesem Falle wäre wieder nicht vom Besitz, sondern von der Erwerbung die Rede und dieser die Wiederruflichkeit entgegengesetzt.

12.

Sechster Zusatz.

Die Beweislast wird nicht verändert, wenn auch der Kläger sich auf den Besitz der natürlichen Freyheit stützt *).

Auch von diesem Satz haben mehrere, selbst solche, die die vorigen Sätze zugestanden, das Gegentheil behauptet, weil die negatorische Klage sich nicht auf den Besitz, sondern auf die Vermuthung der natürlichen Freyheit gründe, der Besitz aber eine Thatsache und als solche zu erweisen sey, und der Kläger, der sich auf solchen gründe, nicht sowohl die negatorische

*) Diese Frage ist von Horn in einem besondern Programm erörtert, das mit mehrern seiner Ausgabe von Pacianus de probationibus angehängt ist.

rische Klage als das interdictum uti possidetis angestellt habe. Man müsse sich deshalb hüten, so zu klagen. Doch könne allenfalls etwa der Richter einer solchen Klage so helfen, daß er das possessorium in das petitorium verwandle, besonders wenn clausula salutaris angehängt sey *). Indessen wäre diese Verwerflichkeit des Libells wohl auf solche, in denen der Besitz nur nebenher genannt wäre, nicht auszudehnen **).

Allein auch diese Ansicht ist offenbar unrichtig. Theils ist die negatorische Klage petitorisch und der Grund einer petitorischen Klage ist nie der Besitz ***); theils wird ja durch den wirklich geführten Beweis des Besitzes, wenn ihn auch der Kläger unternehmen und ausführen wollte, der eigentliche Grund der Befreyung und also der Grund der Klage nicht im geringsten bewiesen. Man könnte in der That noch

*) **Wernher* obss. for. P. I. obs. 274.

**) Eine so abgefaßte Klagschrift hatte die Wittenberger Facultät erhalten nach **Wernher* suppl. ad P. IV. obs. 184., da sie eine andere, in der der Kläger sich auf natürliche Freyheit und Besitz derselben zugleich stützte, nach * *Wernher* P. IV. obs. 184. verworfen hatte.

***) **Hellfeld* jurispr. for. §. 687.

eher behaupten, daß eine so aufgeführte Klage angebrachtermaßen abgewiesen werde, als daß dem Kläger der gar nichts erledigende Beweis des von ihm angegebnen Klagegrundes aufzulegen sey. Aber auch jenes wäre doch wohl in einem solchen Fall, wo der eigentliche Klagegrund sich dem Richter so deutlich darbietet, höchst unzweckmäßig und würde zu unnützem Aufenthalt führen.

Johann Ludwig Schmidt *) stimmt Wernher'n bey, allein er drückt sich so aus: Wenn der Kläger anführe, er befinde sich seit 1. 2. 3. 4. 5. 10. 20. 30. 40. 50. und mehr Jahren, ja seit undenklicher Zeit im Besitz der Freyheit; so müsse er beweisen. Denn er gebe zu erkennen, daß er die Freyheit nicht von Natur habe, weil der Besitz der Freyheit nur durch eine Handlung erlangt werde, und müsse nun deswegen darthun, durch welche Handlung er zum Besitz der Freyheit gelangt sey.

Diese ganze Entwickelung zeigt recht deutlich, wie man einzelne Dinge ganz gut einsehen oder einzusehen glauben kann, und doch, weil man

*) Abhandl. verschiedn. Rechtsmaterien Th. I. Abh. 70. §. 5.

man das allgemeine vernachläßigt, oder den eigentlichen Zusammenhang aus den Augen verliert, gänzlich vom rechten Wege abweicht. Denn

1) wie kann man aus dem an sich ganz richtigen Satz, daß der Besitz der Freyheit nur durch eine Handlung erlangt werde, die Folgerung ableiten: dadurch, daß man behaupte: man befinde sich im Besitz der Freyheit, gebe man zu erkennen: man habe die Freyheit nicht von Natur. Kann man denn nicht ein Recht ohne Besitz haben? und wie ist es einem einigermaßen unterrichteten Rechtsgelehrten möglich, die Erwerbung eines Rechts durch bloßen Besitz als einen rechtlichen Satz aufzustellen?

2) Wenn der Kläger denn nun auch den Besitz darthut; ist dadurch das Recht dargethan? (wenn der Besitz nemlich kein verjährter ist, welches in der Regel bey dieser Meynung nicht vorausgesetzt wird).

3) Eben diese Rücksicht, daß durch langen Besitz Rechte erworben werden, mag wohl die eben genannte Ansicht der Sache veranlaßt haben. Allein auch selbst diesen vorausgesetzt, ist die ganze Ausführung noch keinesweges schlüssig. Denn wenn der Kläger auch den Besitz, selbst den verjährten Besitz, der Freyheit angiebt; so sagt er ja

dadurch noch immer nicht, daß er gerade durch diesen das Recht der Freyheit erworben habe.

13.

Abweichungen von der Regel.

Es ist bey allem bisherigen wohl ganz ungezweifelt, daß, wenn der Kläger wirklich als Grund seines Klagerechts etwas anführt und behauptet, er alsdann den Beweis zu übernehmen verpflichtet sey. Bloß in diesem Sinne ist erst die Behauptung von einigen Gelehrten vollkommen gegründet, daß der Kläger beweise, wenn er zu gleicher Zeit etwas bejahe. Nicht das Bejahen oder Behaupten überhaupt macht dabey etwas aus, sondern das allein entscheidet, daß das bejahete oder behauptete den Grund der Klage enthält und ausmacht *).

Beyspiele für diese Art von Klagen sind folgende Behauptungen des Klägers: der Bekla-

*) **Leyser* med. ad Pand. sp. 109. med. 7. Den Hauptgrund für diese Behauptung giebt die Natur der Sache; und nur gewissermaßen kann hier die von Leyser angeführte *L. 18. §. 1. D. de probat. durch ein Argument gelten. Vergl. *Kind* quaest. for. Tom. I. qu. 105. — Nur mit der oben hinzugesetzten genauern Einschränkung ist es, wenn es gegründet seyn soll, zu verstehen, was **Leyser* (sp. 109. med. 8.) u. a. behaupten, daß derjenige nicht bejahe, welcher sage; der Gegner besitze unrechtmäßigerweise, mit Gewalt, heimlich, aus Vergünstigung oder Freundschaft.

klagte habe die Servitut wirklich gehabt, aber auf dieselbe (durch Verträge u. dgl.) Verzicht gethan *); oder er, der Kläger habe das Recht aus Verträgen oder rechtskräftigen Sentenzen, (welche beide Gründe des Rechts seyn können); u. dgl.

In Beziehung auf diese Rücksichten ist denn auch der Rath nicht ungegründet, die Klagschrift mit Vorsicht und Klugheit abzufassen, um eben nicht mit unnöthigem Beweise belästigt zu werden **).

Die meisten Belege für diesen Fall werden sich wohl dann ergeben, wenn durch die negatorische Klage nicht die Servitut überhaupt abgeleugnet, sondern nur dadurch Einschränkungen derselben behauptet werden. Bekanntlich ist auch in diesem Fall der negatorischen Klage statt zu geben, und es giebt im allgemeinen wohl keinen Grund, warum hier die Beweislast geändert werden sollte. — Indessen lassen sich leicht Verbindungen von Umständen denken, die sie veränderten. Z. B. man habe die Einschränkungen der Servitut durch verjährten Besitz ***) u. dgl. Besonders

*) *Car. de Mean.* obss. et res jud. 466. num. 6. sqq. **Hert.* diss. cit. §. 5. *Schmidt Abh. verschiedn. Rechtsmat. Th. I. Abh. 70. §. 3.

**) *Carpzov* Processſ. tit. 13. art. 1. n. 29. sqq. *Schmidt a. a. O. §. 1. S. 223.

***) In einem solchen Falle ist in einem Gericht, dessen Beysitzer ich bin, dem Kläger der Beweis zuerkannt: zumal da noch andere Klagen mit der negatorischen gehäuft waren.

ders aber wird man einer Abweichung alsdann fast nicht ausweichen können, wenn etwa der Kläger mehrere Klagen mit der negatorischen gehäuft hätte. Die Beurtheilung des Beweises würde aber alsdann immer noch von den obigen Grundsätzen abhängen. Der Kläger würde in Ansehung des Punktes, der der negatorischen Klage als Grund diente, sich bloß auf sein Eigenthum der Hauptsache gründen und bey dem Beweise einschränken können; und der Beklagte müßte seine Einrede der gegenseitigen Befugniß im Gegenbeweise, in welchen ohnehin der Beweis der Einreden gehört, darthun.

Soviel über die Hauptsachen in dieser Lehre. Was noch rückständig seyn könnte, hängt wohl mit diesen Hauptsachen nicht so genau zusammen, daß es nothwendig hier mitgenommen werden müßte.

XI.

XI.

Fernere Zusätze

zu

Hrn. Prof. Hugo's

Index fontium corporis juris civilis.

XI.

Fernere Zusäze

zu

Hrn. Prof. Hugo's

Index fontium corporis juris civilis.

Hr. D. Walch allhier, von dem wir in kurzem eine mit großem Fleiß vermehrte Ausgabe von Eckhard's hermeneutica juris, die schon sein verstorbener Vater, der berühmte Hr. Geh. Justizrath Walch, bereichert hatte, zu erwarten haben, hat mir auf Veranlassung dessen, was ich im letzten Hefte meiner Beyträge von Ausgaben antejustinianischer Schriften geliefert hatte, abermals mit zuvorkommender Güte aus seiner schönen Bibliothek ein paar Schriften mitgetheilt, und die Erlaubniß gegeben, ihrer öffentlich zu gedenken.

Zu Hrn. Hugo's N. 13. hatte ich aus unserer Universitätsbibliothek einen vollständigen Titel angegeben, nach dem Andreas Wechelus sub Pegaso Verleger war und wo auch dessen Buchdruckerstock mit einem Pegasus darüber stand. In Hrn. Walch's Exemplar ist der Titel ganz einerley; bis — interpretationes. Dann steht Parisiis. Ex officina Iacobi Puteani, e regione collegii Cameracensis, sub insigni Samaritanae 1558. Cum privilegio Regis; und darüber ein Buchdruckerstock, mit Christus und der Samaritanerinn am Brunnen. Sonst ist alles in beiden Ausgaben durchaus gleich;

selbst das auf Wechel gestellte Privilegium auf der Rückseite des Titels und auf der letzten Seite der Buchdruckerstock mit dem Pegasus.

Von N. 37. habe ich ein Exemplar vor mir, das ganz mit dem übereinkommt, das Hr. Hugo hatte; nur ist es in klein Octav.

Nach N. 48. ist einzuschieben:

48. b.) 1622. Iuris Civilis rom. initia et progressus. Ad leg. XII. tabularum brevis commentatio. Ex Ulpiani fragment. tituli XXIX. selectis notis et argumentis illustrati. Caji ex veter. jurisprudentiae fragm. Institutionum libri duo. Iul. Pacius recensuit, notas auxit, argumentis illustravit. Nova editio. Genevae sumtibus Samuelis Crispini. 195 S. 12. — So wie der Titel bis auf die cursiv gedruckten Worte ganz der Titel des zweyten Theils von N. 37 ist, und wie auch der dritte Theil davon in derselben Officin abgedruckt worden; so ist auch fast alles im Buche bloß nachgedruckt, doch sind einige Abänderungen und Zusätze in Ueberschriften, Zusätzen und Randschriften; aber auch viel Druckfehler.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hufeland, Gottlieb,

Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften

Bd.: 4

Jena (1802)

Bamberg, Staatsbibliothek -- .19 A 3#3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11403004-0